

# Drittwirkung gezahlter Baukostenzuschüsse

INAUGURAL - DISSERTATION  
zur  
Erlangung des akademischen Grades  
eines Doktors der Rechte  
durch die Rechtswissenschaftliche Fakultät  
der Ruhr-Universität Bochum

vorgelegt von

Helmut Domeier

aus Minden

1968



# Drittwirkung gezahlter Baukostenzuschüsse

INAUGURAL - DISSERTATION

zur

Erlangung des akademischen Grades  
eines Doktors der Rechte  
durch die Rechtswissenschaftliche Fakultät  
der Ruhr-Universität Bochum

vorgelegt von

**Helmut Domeier**

aus Minden

1968



Berichterstatter

1. Professor Dr. Wunner
2. Professor Dr. Zeiss

Tag der mündlichen Prüfung 11.7.1968

### III

#### INHALTSÜBERSICHT

|                                                                                  | Seite |
|----------------------------------------------------------------------------------|-------|
| Einleitung                                                                       | 1     |
| I.                                                                               |       |
| Begriff und rechtliche Einordnung der Baukostenzuschüsse                         |       |
| A. Begriffliche Einteilung                                                       | 5     |
| 1. Gemeinsamer Oberbegriff                                                       | 5     |
| 2. Die einzelnen Arten der Baukostenbeiträge                                     | 9     |
| B. Die Rechtsnatur der Baukostenzuschüsse                                        | 14    |
| 1. Die rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten                                      | 15    |
| a) Der Baukostenzuschuß als unentgeltliche Zuwendung                             | 15    |
| aa) Uneingeschränkte Schenkung                                                   | 16    |
| bb) Zweckschenkung                                                               | 16    |
| cc) Schenkung unter Auflage                                                      | 17    |
| b) Der Baukostenbeitrag als Kapitaleinlage                                       | 18    |
| c) Der Baukostenzuschuß als Gegenleistung für den Abschluß des Mietvertrages     | 20    |
| aa) Vertragliche Sonderleistung                                                  | 20    |
| bb) Mieterdarlehen                                                               | 21    |
| d) Der Baukostenbeitrag als Gegenleistung für die Mietraumgewährung              | 24    |
| aa) Offene Mietvorauszahlung                                                     | 24    |
| bb) Verdeckte Mietvorauszahlung                                                  | 27    |
| 2. Die auf dem Wohnungsmarkt üblichen Erscheinungsformen des Baukostenzuschusses | 29    |
| a) Der anrechenbare Baukostenzuschuß                                             | 29    |
| aa) Tilgungsvereinbarungen                                                       | 30    |
| bb) Die verdeckte Tilgungsabrede                                                 | 31    |
| cc) Verrechnungsklauseln                                                         | 32    |

## IV

|                                                  |    |
|--------------------------------------------------|----|
| b) Der verlorene Baukostenzuschuß                | 39 |
| aa) Die Entgeltlichkeit der Zuwendung            | 39 |
| bb) Die Gegenleistungspflicht des Vermieters     | 40 |
| cc) Der Zuschuß als verdeckte<br>Mietzinszahlung | 42 |
| dd) Der Ausnahmefall Sonderleistung              | 47 |
| ee) Untaugliche Einordnungskriterien             | 48 |
| C. Zusammenfassung                               | 51 |

## II.

Die Wirksamkeit des Baukostenzuschusses gegenüber Dritten,  
denen ein Zugriffsrecht am Mietobjekt zusteht.

|                                                                                                                                         |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| A. Das Problem der Drittwirkung des Mietverhältnisses                                                                                   | 52 |
| 1. Die Interessenlage                                                                                                                   | 52 |
| 2. Die Lösung des Interessenkonflikts im<br>Gesetz                                                                                      | 55 |
| a) Die Rechtsstellung des Erwerbers nach<br>§ 571 BGB                                                                                   | 55 |
| b) Die rechtliche Stellung des Erstehers<br>in der Zwangsversteigerung                                                                  | 60 |
| c) Hypothekengläubiger und Mietvoraushebung                                                                                             | 61 |
| d) Vorausverfügungen im Vermieterkonkurs                                                                                                | 62 |
| 3. Die Bedeutung der gesetzlichen Regelung                                                                                              | 63 |
| B. Liegt in der Zahlung des Baukostenbeitrages eine<br>Vorausverfügung über den Mietzins?                                               | 65 |
| 1. Die veränderte Normsituation                                                                                                         | 65 |
| 2. Der Baukostenzuschuß und der Erwerber des<br>Mietobjekts                                                                             | 67 |
| a) Der Baukostenbeitrag - eine vertraglich<br>vereinbarte Mietvorauszahlung                                                             | 67 |
| b) Historische und logische Auslegung<br>der §§ 571 ff BGB                                                                              | 72 |
| c) Die Rechtsprechung des Reichsgerichts und<br>ihre Bedeutung in der Auseinandersetzung<br>um die Drittwirkung des Baukostenzuschusses | 80 |

|                                                                                               |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 3. Baukostenzuschuß und Hypothekengläubiger                                                   | 91  |
| 4. Keine Drittwirkung des Finanzierungsbeitrages bei Anwendung allgemeiner Mietzinsgrundsätze | 98  |
| 5. Gleichbehandlung sämtlicher Vorauserhebungstatbestände                                     | 101 |
| C. Der Baukostenzuschuß als werterhöhende Vorleistung des Mieters                             | 103 |
| 1. Das Merkmal der Sachwertsteigerung                                                         | 103 |
| 2. Das Problem der zweckentsprechenden Verwendung                                             | 108 |
| 3. Die Unvereinbarkeit des Merkmals der Werterhöhung mit dem Gesetzeszweck                    | 111 |
| 4. Der Ruf nach dem Gesetzgeber                                                               | 119 |
| D. Die Lösung des Interessenkonflikts                                                         | 122 |
| 1. Restriktive Auslegung des Mietzinsbegriffes                                                | 123 |
| 2. Die privatautonome Zweckbestimmung des Baukostenzuschusses                                 | 127 |
| 3. Methodische und rechtspolitische Wertung                                                   | 131 |
| 4. Die Kritik des Realkredits                                                                 | 134 |
| 5. Drittwirkung des Mieterdarlehens?                                                          | 140 |
| a) Aufbaudarlehen und Aufrechnungsvorvertrag                                                  | 140 |
| b) Mieterdarlehen und Aufrechnungsvertrag                                                     | 142 |
| aa) Drittwirkung des Aufbaudarlehens aus dem Schutzgedanken des § 571 BGB?                    | 143 |
| bb) Mieterdarlehen und Beschlagnahmegläubiger                                                 | 146 |
| E. Zusammenfassung                                                                            | 147 |
| Abkürzungsverzeichnis                                                                         | VI  |
| Literaturnachweis                                                                             | 149 |
| Anlagen                                                                                       |     |

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

|               |                                                                 |
|---------------|-----------------------------------------------------------------|
| AcP           | Archiv für die civilistische Praxis                             |
| AG            | Amtsgericht                                                     |
| ALR           | Preußisches Allgemeines Landrecht                               |
| AMVO          | Altbaumietenverordnung                                          |
| AVO           | Ausführungsverordnung                                           |
| BB            | Der Betriebsberater                                             |
| BFH           | Bundesfinanzhof                                                 |
| BGBI          | Bundesgesetzblatt                                               |
| BGH           | Bundesgerichtshof                                               |
| BGHZ          | Entscheidungen des Bundesgerichtshofes<br>in Zivilsachen        |
| Bkz           | Baukostenzuschuß                                                |
| BlGBW         | Blätter für Grundstücks-, Bau-<br>und Wohnungswesen             |
| BVO           | Berechnungsverordnung                                           |
| DB            | Der Betrieb                                                     |
| Diss          | Dissertation                                                    |
| DMR           | Deutsches Mietrecht                                             |
| DRPfI         | Der deutsche Rechtspfleger                                      |
| DVO           | Durchführungsverordnung                                         |
| DWW           | Deutsche Wohnwirtschaft                                         |
| GVBl          | Gesetz- und Verordnungsblatt                                    |
| HuW           | Haus und Wohnung                                                |
| Iher<br>Jahrb | Iherings Jahrbücher für die Dogmatik<br>des bürgerlichen Rechts |
| JR            | Juristische Rundschau                                           |
| JW            | Juristische Wochenschrift                                       |
| KG            | Kammergericht                                                   |
| LM            | Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk<br>des Bundesgerichtshofes |
| MDR           | Monatsschrift für deutsches Recht                               |
| MSchG         | Mieterschutzgesetz                                              |
| NdsRpfl       | Niedersächsische Rechtspflege                                   |
| NJW           | Neue Juristische Wochenschrift                                  |
| NMVO          | Neubaumietenverordnung                                          |

## VII

|               |                                                                                            |
|---------------|--------------------------------------------------------------------------------------------|
| RdErl         | Runderlaß                                                                                  |
| RG            | Reichsgericht                                                                              |
| RGBl          | Reichsgesetzblatt                                                                          |
| RGRK          | Kommentar zum BGB, herausgegeben<br>von Reichsgerichtsräten ...                            |
| RGZ           | Entscheidungen des Reichsgerichts<br>in Zivilsachen                                        |
| Rspr          | Rechtsprechung                                                                             |
| Seuff<br>Arch | Seufferts Archiv für Entscheidungen<br>der obersten Gerichte in den deut-<br>schen Staaten |
| vBkz          | verlorener Baukostenzuschuß                                                                |
| Zfges<br>KrW  | Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen                                                    |
| ZMR           | Zeitschrift für Miet- und Raumrecht                                                        |
| ZVG           | Zwangsversteigerungsgesetz                                                                 |

Die allgemein gebräuchlichen Abkürzungen wurden nicht  
erläutert.



Digitized by the Internet Archive  
in 2026

## Einleitung

Der Baukostenzuschuß des Mieters ist seit 1945 zu einem wirtschaftlichen Faktor geworden, der im deutschen Wohnungsbau eine bedeutende Stellung einnimmt. Bedingt durch die Vernichtung von weit über einem Drittel des bei Kriegsbeginn vorhandenen Wohnraums mußte in den Nachkriegsjahren eine Aufbauleistung vollbracht werden, die nur bei Zusammenfassung des gesamten, für den Grundstückseigentümer verfügbaren Kapitals möglich war.

Vielfach konnten Bauvorhaben nicht finanziert werden, ohne daß die künftigen Mieter einen Beitrag zu den Baukosten leisteten. Daneben führte die katastrophale Wohnungsnot zu einer allgemeinen Bereitschaft der Mieter zur Hingabe derartiger Zuschüsse. -

So haben in den Jahren von 1945 bis 1961 18,4 % aller Haushalte, die in Neubauwohnungen leben, Baukostenzuschüsse erbringen müssen. In den Großstädten wurde durchschnittlich sogar jeder vierte Inhaber einer neuen Wohnung dazu gezwungen, sich an ihrer Finanzierung zu beteiligen.<sup>1)</sup>

Nun ist in der Zwischenzeit der dringendste Bedarf an Wohnraum gedeckt worden. Die Phase des Wiederaufbaus ist auch auf dem Wohnungsbausektor beendet.

Die wirtschaftliche Bedeutung des Baukostenzuschusses ist jedoch nicht geschwunden. - Der fortschreitende Abbau der Wohnungszwangswirtschaft läßt die jahrzehntelang gebundenen Altbaumieten allmählich frei werden, was ausnahmslos zu ihrer beträchtlichen Erhöhung führt. Dadurch wird die ohnehin zu beobachtende Neigung bisheriger Altbaumieter, in eine komfortablere und arbeitssparende Neubauwohnung umzuziehen, weiter verstärkt.

---

1) Vgl. WWI - 1962/1 -; in Hamburg lag der Prozentsatz mit 36,4 v.H. am höchsten.

Die entstehende große Nachfrage erlaubt es daher dem Vermieter zumindest in den Großstädten auch heute noch, den Abschluß eines Mietvertrages über eine neu zu errichtende Wohnung von der Leistung eines Baukostenzuschusses abhängig zu machen. In den meisten Fällen wird der Bauherr dazu durch den ständig steigenden Finanzierungsaufwand gezwungen sein. - Eigenkapital und Mieterleistungen sind am effektiven Aufwand für Wohnungsbauinvestitionen in den letzten Jahren gleichbleibend stark beteiligt, während der Anteil der öffentlichen Mittel stark rückläufig ist und Kapitalmarktmittel nur unter stets ungünstiger werdenden Bedingungen zu bekommen sind.<sup>2)</sup>

Aus der weiten wirtschaftlichen Verbreitung des Baukostenzuschusses auf dem Sektor der Baufinanzierung ergibt sich seine große rechtliche Bedeutung insbesondere auf dem Gebiet des Mietrechts. Der Komplex Baukostenzuschuß hat mehrere, teilweise lebhaft umstrittene Rechtsfragen aufgeworfen, die Gegenstand zahlreicher Beiträge des Schrifttums und einer umfangreichen Rechtsprechung geworden sind.

Der gemeinsame Zweck aller derartigen Zuwendungen liegt stets darin, daß sie als Beitrag des Mieters zu den Kosten des Mietobjektes dienen sollen. Die Hingabe eines Baukostenzuschusses erfolgt regelmäßig in unmittelbarem wirtschaftlichen Zusammenhang mit dem Abschluß eines Mietverhältnisses über den mitfinanzierten Wohnraum. Das führt zwangsläufig zu einer engen wirtschaftlichen Verflechtung von Zuschußleistung und Mietzinszahlung. Es liegt der Schluß nahe, daß aufgrund dieser wirtschaftlichen Verbundenheit und Abhängigkeit auch ein rechtlicher Zusammenhang zwischen Baukostenbeitrag und Mietzins besteht.

Gegenstand dieser Untersuchung ist die Frage der Drittwirkung des Baukostenzuschusses. Sie stellt sich in den Fällen, wo anstelle des Vermieters, der einen derartigen Zuschuß empfangen hat, ein Dritter Rechte an dem Mietob-

---

2) Vgl. Der langfristige Kredit - 1965/67 f.

jekt erwirbt. - Müssen derartige Rechtsnachfolger des Vermieters, etwa ein Erwerber oder Grundstücksgläubiger, die Zuschußleistung gegen sich gelten lassen? - Oder sind sie berechtigt, ohne Berücksichtigung des Finanzierungsbeitrages von dem Mieter den vollen Mietzins zu fordern? -

Der Gesetzgeber sah sich dieser Fragestellung bei der Abfassung des § 57 c ZVG gegenüber. - Danach ist der Mieter, der einen Beitrag zur Schaffung oder Instandsetzung von Mietraum geleistet hat, für einen im einzelnen näher bestimmten Zeitraum gegen eine Kündigung durch den Ersteher des Grundstücks in der Zwangsversteigerung geschützt. -

Die Frage der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit der Leistung eines Baukostenzuschusses gegenüber dem Ersteher ist in dieser Regelung jedoch bewußt offen gelassen worden.<sup>3)</sup> Denn in § 57 c I Ziff. 1 ZVG ist ausdrücklich bestimmt, daß es für den Ausschluß der Kündigung nicht darauf ankommt, ob die Hingabe des Zuschusses dem neuen Eigentümer gegenüber wirksam oder unwirksam ist.

Die Leistung eines Baukostenbeitrages beruht stets auf einer vertraglichen Vereinbarung zwischen Mieter und Vermieter. Grundsätzlich gelten schuldrechtliche Abreden nur zwischen den Vertragspartnern und sind Dritten gegenüber unwirksam. Dieser Grundsatz wird zugunsten des Mieters durch die Ausnahmeregelung des § 571 BGB durchbrochen. Danach tritt der Rechtsnachfolger des Vermieters und Eigentümers in das bestehende Mietverhältnis mit dem Inhalt ein, den die Parteien vereinbart haben. Das wäre für den Rechtsnachfolger mit der unliebsamen Folge verbunden, daß er im Falle von Vorauserhebungen von Mietzins, der auf die Zeit seiner Berechtigung entfällt, keine entsprechende Mietforderung mehr gegen den Mieter geltend machen könnte. Daher macht das Gesetz von der in § 571 BGB getroffenen Anordnung insoweit eine Ausnahme: Voraussetzungen des Vermieters über den Mietzins durch Vereinbarungen mit dem Mieter sind gegenüber dem neuen Eigentümer nur beschränkt wirksam - §§ 573, 574 BGB. -

---

3) Vgl. Bericht des Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht, Bundestag-Drucksache - 1. Wahlperiode - Nr. 4452, S. 6 unter II

Die gleiche Regelung, wie sie hier für den Fall der Grundstücksveräußerung vorgesehen ist, gilt auch für den Ersterher in der Zwangsversteigerung - §§ 57, 57b ZVG -, sowie zugunsten von Hypothekar und Konkursverwalter - §§ 1124 II BGB, 21 II KO.

Im Mittelpunkt dieser Untersuchung steht daher die Frage: Entfaltet der im Rahmen eines Mietverhältnisses geleistete Baukostenzuschuß gestützt auf die Regelung des § 571 BGB Drittwirkungen?

Ihre Beantwortung wird in der Hauptsache davon abhängen, ob in der Hingabe des Finanzierungsbeitrages eine Verfügung über Mietzins zu sehen ist, der auf eine spätere Mietzeit entfällt. Es wird also eingehend zu prüfen sein, ob auch ein geleisteter Baukostenzuschuß den Verfügungsbeschränkungen der vorbezeichneten Bestimmungen unterliegt.

Das Ergebnis wird wesentlich dadurch bestimmt sein, welche Rechtsnatur man für die Zuschußleistung ermittelt.

Denn nur soweit der Zuschuß im Rahmen einer mietvertraglichen Vereinbarung gezahlt wird, scheint eine Anwendbarkeit des § 571 BGB und damit eine Drittwirkung denkbar. - Im folgenden soll daher zunächst eine Klärung des Begriffs und der Rechtsform des Baukostenzuschusses herbeigeführt werden.

I.

Begriff und rechtliche Einordnung der Baukostenzuschüsse

A. Die begriffliche Einteilung

1. Gemeinsamer Oberbegriff

Der wirtschaftlichen Vielschichtigkeit des Wohnungsbausektors entsprechend - man denke nur an die grundlegend verschiedenen Finanzierungsmöglichkeiten im freifinanzierten und sozialen Wohnungsbau - bereitete die begriffliche Erfassung der Baukostenbeiträge der Mieter dem Rechtsverkehr von Anfang an Schwierigkeiten.<sup>1)</sup>

Die dadurch mitverursachte terminologische Unklarheit wurde noch durch den Gesetzgeber vergrößert, der sich zu einer einheitlichen Begriffsbildung offensichtlich nicht in der Lage sah. So verwendet er neben den Oberbegriffen "Baukostenzuschuß" und "Finanzierungsbeitrag" den des "verlorenen Baukostenzuschusses" und des "Mieterdarlehens".

Im I. Wohnungsbaugesetz (BGBl 1950 I 1047)<sup>2)</sup> ist in § 28 die Zulässigkeit von "Finanzierungsbeiträgen" Wohnungssuchender geregelt, nicht erwähnt werden "Baukostenzuschüsse". Das Gesetz unterscheidet lediglich Finanzierungsbeiträge als "Mieterdarlehen" oder "Mietvorauszahlung".

§ 14 der zu diesem Gesetz ergangenen I. Berechnungsverordnung (BGBl 1950 I 753; 1957 I 1719)<sup>3)</sup> gibt folgende Begriffsbestimmung: "Baukostenzuschüsse sind nicht rückzahlbare Zuwendungen und Sach- und Arbeitsleistungen Dritter, die zur Deckung der Gesamtherstellungskosten dienen".

---

1) Vgl. Pergande in NJW 51/737

2) I.d.F. vom 25.8.1953

3) VO über Wirtschaftlichkeits- und Wohnflächenberechnung nach dem I. Wohnbaugesetz, - dieser Titel gilt seit der Änderung durch § 47 der 2. BerechnungsVO vom 17.10.1957; - im folgenden: I. BVO

Dieser Definition kann keine Allgemeingeltung zukommen, berücksichtigt sie doch in keiner Weise die Finanzierungsbeiträge, die durch Verrechnung mit den Mietzinsraten zurückgewährt werden.<sup>4)</sup> Die enge Begriffsbestimmung versteht sich lediglich aus dem ausschließlich finanzpolitischen Zweck dieser Regelung, bei der Berechnung der Gesamtherstellungskosten eines Baues sowie bei der Aufstellung des Finanzierungsplanes und der Wirtschaftlichkeitsberechnung die Baukostenzuschüsse von den Fremdmitteln und insbesondere von den Eigenleistungen abzugrenzen.

Das II. Wohnungsbaugesetz vom 27.6.1956 (BGBl I 523)<sup>5)</sup> stellt den verlorenen Baukostenzuschuß den "Finanzierungsbeiträgen der Wohnungssuchenden als Mietvorauszahlungen und Mieterdarlehen" gegenüber - § 50 Abs. I und II -, ohne deutlich zu machen, ob auch letztere als Baukostenzuschüsse zu bezeichnen sind.

Die dazu ergangene II. Berechnungsverordnung vom 17.10.1957 (BGBl I 1719)<sup>6)</sup> unterscheidet ähnlich der I. Berechnungsverordnung Fremdmittel, verlorene Baukostenzuschüsse und Eigenleistungen und gibt im § 14 eine Begriffsbestimmung des verlorenen Baukostenzuschusses.<sup>7)</sup>

Das 1. Bundesmietengesetz vom 27.7.1955 (BGBl I 458) definiert den Kostenzuschuß, den der Mieter zum Neubau, Wiederaufbau, zur Wiederherstellung, zum Ausbau oder zur Erweiterung von Wohnraum leistet, als "Finanzierungsbeitrag".

---

4) Zu diesem Ergebnis kommt auch der BGH - Urteil vom 3.2. und 12.2.1959 in NJW 59/872 (873) und 1424 (1426) - im Fall des § 14 der II. BerechnungsVO.

5) I.d.F. vom 23.3.1965

6) Verordnung über wohnungswirtschaftliche Berechnungen nach dem II. Wohnungsbaugesetz i.d.F. vom 1.8.1963 (BGBl I 594) - im folgenden: II. BVO

7) Auf diese Definition wird bei der Bestimmung der Rechtsnatur des verlorenen Baukostenzuschusses noch näher eingegangen.  
Vgl. S. 39 ff.

Erwähnt sei in diesem Zusammenhang ferner § 1 in Artikel VI des Gesetzes zur Änderung des II. Wohnungsbaugesetzes, anderer wohnungsbaurechtlicher Vorschriften und über die Rückerstattung von Baukostenzuschüssen vom 21.7.1961 (BGBl I 1041)<sup>8)</sup>, der von einem "verlorenen Zuschuß" spricht, dabei den Begriff verllorener Baukostenzuschuß aber als bekannt voraussetzt.<sup>9)</sup>

Läßt sich aus allen diesen gesetzlichen Vorschriften eine allgemeine Begriffsbestimmung des Baukostenzuschusses auch nicht ohne weiteres ableiten, so ergibt sich aus ihnen doch die Zweiteilung: verllorener Zuschuß - andere Baukostenzuschüsse.

Auch im Schrifttum<sup>10)</sup> hat sich in der Frage des gemeinsamen Oberbegriffs aller Baukostenbeiträge bisher keine einheitliche Auffassung gebildet. Unterschiedliche Ansichten bestehen jedoch lediglich in der Frage der Bezeichnung, nicht aber in der Sache selbst.<sup>11)</sup>

---

8) I.d.F. des § 5 Nr. 2a des Gesetzes zur Änderung des Schlußtermins für den Abbau der Wohnungszwangswirtschaft und über weitere Maßnahmen auf dem Gebiete des Mietpreisrechts vom 24.8.1965 (BGBl I 969)

9) Ähnlich § 57 c ZVG i.d.F. des Gesetzes vom 20.8.1953 (BGBl I 952)

10) Die allgemeine Kommentar- und Lehrbuchliteratur hat keine eigenen Begriffsbestimmungen vorgenommen. Sie beschränkt sich auf Hinweise über den in Spezialabhandlungen zutage getretenen Meinungsstand.

11) So befürwortet Pergande - NJW 51/737 - die Bezeichnung "Baukostenzuschuß" lediglich für den verlorenen Baukostenzuschuß, da die übrigen Baukostenbeiträge mit einem "Zuschuß" nichts mehr gemein hätten, und schlägt als gemeinsamen Oberbegriff "Baukostenbeitrag" bzw. "Finanzierungsbeitrag" vor. - Diese Begriffsbildung ist willkürlich; sie widerspricht nicht nur dem Sprachgebrauch, sondern auch der Praxis in Wirtschaft und Recht. Die heute überwiegende Auffassung in Literatur - so Schuster in MDR 60/181, Pesenacker S. 19 - und Rechtsprechung - so BGH in BGHZ 29/289 - stellt die Bezeichnung "Baukostenzuschuß" gleichberechtigt neben "Finanzierungsbeitrag" und "Baukostenbeitrag". So neuerdings offensichtlich auch Pergande in DB 61/937.

Denn so vielgestaltig die Erscheinungsformen des Baukostenzuschusses im wirtschaftlichen Leben auch sind, gemeinsam ist allen derartigen Finanzierungsbeiträgen, daß es sich um

vermögenswerte Leistungen in Gestalt von Geld-, Sach- oder Dienstleistungen handelt, die von Seiten des Mieters - oder eines Dritten zu Gunsten des Mieters - als Beitrag zur Finanzierung der Baukosten an den Bauherrn und Vermieter erbracht werden.<sup>12)</sup>

Entscheidendes Kriterium für derartige Zuwendungen ist ihre wirtschaftliche Zweckbestimmung: sie sollen einen Teil der Baukosten decken.<sup>13)</sup>

Demnach ist ein Baukostenzuschuß<sup>14)</sup> eine

Zuwendung des Mieters - oder eines Dritten zu dessen Gunsten - an den Vermieter mit der Zweckbestimmung, daß sie als Beitrag zu den Kosten der Erstellung von Mietraum verwendet werden soll.<sup>15)</sup>

---

12) Außer Kapitalleistungen kommen auch Sach- und Arbeitsleistungen in Betracht, zumindest dann, wenn derartige Leistungen zwischen den Vertragsparteien mit einem bestimmten Geldbetrag bewertet werden. - Vgl. auch BGH - Urtl. v. 3.2.59 - NJW 59/872 (874) Danach macht es keinen Unterschied, ob der Mieter auf eigene Kosten selber aufbaut oder ob er dem Vermieter den zum Aufbau erforderlichen Beitrag zur Verfügung stellt und dieser den Bau errichtet.

13) Vgl. Roquette in NJW 62/129 -

14) Diese Bezeichnung wird im folgenden neben "Baukostenbeitrag" und "Finanzierungsbeitrag" als Oberbegriff benutzt.

15) Baukostenzuschüsse kommen nicht nur auf dem Wohnungsbausektor vor; sie werden vielmehr auch zur Mitfinanzierung von Geschäftsraumbauten gegeben.

## 2. Die einzelnen Arten der Baukostenbeiträge

Für die weitere begriffliche Einteilung der Finanzierungsbeträge erscheint es zweckmäßig, von der bereits gefundenen Zweiteilung "verlorener Baukostenzuschuß - andere Baukostenzuschüsse" auszugehen, wie sie aus der Terminologie des Gesetzgebers folgt.

Als verlorene Baukostenzuschüsse bezeichnet dieser in § 14 der II. BVO "Geld-, Sach- und Arbeitsleistungen an den Bauherrn, die zur Deckung der Gesamtkosten dienen und erbracht werden, um den Gebrauch von Wohnraum zu erlangen, ohne daß vereinbart ist, den Wert der Leistung zurückzuerstatten oder mit der Miete oder einem ähnlichen Entgelt zu verrechnen oder als Vorauszahlung hierauf zu behandeln."

Diese Bestimmung enthält - ebenso wie § 57 c ZVG - der Rechtsprechung des BGH zufolge zwar keine für das bürgerliche Recht allgemein geltende Begriffsbestimmung eines verlorenen Baukostenzuschusses.<sup>1)</sup> Ihr kann jedoch das zur Abgrenzung von anderen Baukostenbeiträgen entscheidende Merkmal entnommen werden:

Dem verlorenen Baukostenzuschuß fehlt die ausdrückliche vertragliche Vereinbarung zwischen Zuschußgeber und Bauherrn darüber, daß die Kapitalleistung in irgendeiner Form zurückzugewähren ist.<sup>2)</sup>

---

- 1) BGH - Urt. v. 3.2.1959 in NJW 59/872 (873), Urt. v. 12.2.1959 - NJW 59/1424 (1426).
- 2) Vgl. Pergande - NJW 51/737; Roquette - NJW 62/129 -. Unter Berücksichtigung der Tatsache, daß die "Rückerstattung" beim anrechenbaren Zuschuß in der Regel durch Verrechnung mit dem Mietzins erfolgt, stellt Wunner - NJW 66/2285 - zutreffend als wesentliches Merkmal des verlorenen Baukostenzuschusses heraus, daß "eine Verrechnung mit dem im Mietvertrag ausdrücklich festgelegten Mietzins nicht stattfindet." Denn der verlorene Zuschuß ist von den Parteien zu dem vereinbarten Mietzins nicht ausdrücklich in Beziehung gesetzt.

Die Zuwendung soll vielmehr nach dem Vertragswillen endgültig in dem Vermögen des Empfängers verbleiben. Ein Baukostenzuschuß ist also dann "verloren", wenn er mit seiner Hingabe dem Willen der Parteien zufolge endgültig aus dem Vermögen des Zuwendenden ausscheiden soll, d.h. auch keine spätere vertragliche Rückzahlungspflicht des Vermieters besteht.<sup>3)</sup> "Verloren" bedeutet indessen nicht, daß etwa im Falle einer vorzeitigen Lösung des Mietverhältnisses überhaupt kein Rückgewähranspruch mehr besteht.<sup>4)</sup>

Dem verlorenen Zuschuß ist der a n r e c h e n b a r e Finanzierungsbeitrag gegenüberzustellen. Bei ihm handelt es sich um eine Zuwendung,

die nach dem Willen der Vertragsparteien nur vorübergehend dem Vermieter zugute kommen soll, um dann in das Vermögen des Zuwendenden zurückzufließen, die also zurückzugewähren ist.

Dieses kann einmal unmittelbar durch Erstattung der empfangenen Leistung, zum anderen mittelbar durch Herabsetzung der Mietzinsraten geschehen. Da die Rückzahlung in der Regel durch Verrechnung mit den periodischen Mietzinsraten erfolgt, auf die Miete also in irgendeiner Weise angerechnet wird, ist die allgemein übliche Bezeichnung "anrechenbarer Baukostenzuschuß" gerechtfertigt.<sup>5)</sup>

- 
- 3) Auch der BGH - Urt. v. 14.7.1960 in BB 60/1045 - sieht als entscheidendes Kriterium des verlorenen Baukostenzuschusses, daß keine vertraglich vereinbarte Rückgewährpflicht besteht. - Der in RGZ 136/407 ff entschiedene Sonderfall, daß im Hinblick auf einen geleisteten Baukostenzuschuß die Miete von vornherein niedriger bemessen wird, als sie ohne den Beitrag bemessen worden wäre, ist begrifflich nicht einzuordnen ohne näheres Eingehen auf die Rechtsnatur. Er soll daher erst im folgenden Kapitel besprochen werden.
- 4) Das ergibt sich schon aus Art. VI § 1 des Gesetzes vom 21.7.1961 (BGBl I 1041) in der Fassung vom 24.8.1965 (BGBl I 969, 970) -. Vgl. zu dieser Problematik Frotz - AcP 164, 309 ff.; Wunner - NJW 66/2285 ff.
- 5) Vgl. Pergande - DB 61/937; Mittelstein - MDR 55/584.

Vielfach findet man insbesondere in der Literatur<sup>6)</sup> eine Dreiteilung der Baukostenbeiträge in "verlorenen Baukostenzuschuß", "Mietvorauszahlung" und "Mieterdarlehen". Dabei wird der verlorene Zuschuß in der oben entwickelten Art und Weise, also anhand wirtschaftlicher Merkmale, definiert, wobei die Frage seiner rechtlichen Einordnung offen bleibt. Demgegenüber sind "Mieterdarlehen" und "Mietvorauszahlung" Begriffe, die an rechtlichen Kriterien orientiert sind. Die begriffliche Einteilung wird also bei der Dreiteilung einmal nach wirtschaftlichen und einmal nach rechtlichen Gesichtspunkten, somit in methodisch nicht einwandfreier Weise durchgeführt.<sup>7)</sup> Auf der gleichen Stufe stehen einzig die Begriffe verllorener Baukostenzuschuß und anrechenbarer Baukostenzuschuß. Wenn man der im Verkehr üblichen, nach wirtschaftlichen Merkmalen orientierten Einteilung folgt, dann ist die gefundene Zweiteilung die methodisch allein richtige.<sup>8)</sup>

Zu erwähnen bleibt noch die Einteilung in "abwohnbare" und "nicht abwohnbare" Baukostenzuschüsse. Auch sie ist auf einer rein wirtschaftlichen Betrachtungsweise begründet. Dabei ist jedoch im einzelnen nicht ganz eindeutig, was unter "Abwohnbarkeit" zu verstehen ist.<sup>9)</sup>

---

6) So Roquette - NJW 62/129

7) Wenn Schopp - ZMR 54/37 - den im Verkehr üblichen Gebrauch der Zweiteilung in anrechenbaren und verlorenen Zuschuß sogar ausdrücklich bedauert, so verkennt er, daß es sich bei der von ihm bevorzugten Dreiteilung nicht mehr um gleichrangige Begriffe handelt.

8) Richtig Bachmann in ZMR 61/33 -.

Die Vertreter der Dreiteilung folgen im allgemeinen der Einteilung Pergandes in NJW 51/737; - dieser hat aber inzwischen erkannt, daß die Einteilung Mietvorauszahlung - Mieterdarlehen lediglich die Frage nach der rechtlichen Einordnung betrifft - vgl. Pergande in DB 61/937.

9) Vgl. Bachmann in ZMR 61/33 und Schuster in MDR 60/181.

Unzweifelhaft ist der Zuschuß dann abwohnbear, wenn er nach dem Willen der Vertragspartner mit den einzelnen Mietzinsraten in irgendeiner Form verrechnet werden soll, wenn der Mieter also solange berechtigt ist, zu einer herabgesetzten Miete oder sogar völlig frei zu wohnen, bis die gesamte Vorauszahlung verbraucht ist. In einem derartigen Fall soll die Zuwendung des Mieters durch die Gebrauchsüberlassung des Mietobjektes, durch ein "Abwohnrecht", abgegolten werden. Insoweit ist der "abwohnbare" Zuschuß mit dem anrechenbaren identisch.

Wird jedoch eine andere Rückzahlungsmodalität von den Parteien vereinbart, d.h. kein "Abwohnrecht" des Mieters begründet, dann liegt wohl ein "anrechenbarer", nicht aber ein "abwohnbare" Zuschuß vor.<sup>10)</sup> Derartige Fälle, bei denen es sich eindeutig um Baukostenzuschüsse handelt, werden von dem Begriffspaar "abwohnbear - nicht abwohnbear" nicht mit erfaßt.<sup>11)</sup> - Als zu eng kann es bei einer ersten, allumfassenden Einteilung der Finanzierungsbeiträge daher keine Berücksichtigung finden.<sup>12)</sup>

- 
- 10) Dies verkennt Pesenacker - S. 3 -, wenn er den abwohnbaren mit dem anrechenbaren Baukostenzuschuß gleichsetzt.
- 11) Schuster - aaO - kommt daher zu der Dreiteilung: verlorener Baukostenzuschuß, abwohnbare Baukostenzuschuß, Mieterdarlehen. - Diese Begriffsbestimmung erfolgt jedoch zum Teil nach wirtschaftlichen, zum Teil nach rechtlichen Merkmalen und ist daher als methodisch unsauber abzulehnen - vgl. im einzelnen S. 10.
- 12) Nicht haltbar ist die von Bachmann - a.a.O. - vertretene Auffassung, abwohnbear sei ein Zuschuß dann, wenn dem Mieter dafür eine bestimmte Mindestmietzeit eingeräumt sei. - Denn einmal ist eine Mindestmietzeit in jedem Mietvertrag vereinbart. Zum anderen betrifft die Abwohnklausel die Frage des Rückzahlungsmodus, nicht aber die der Mietzeitdauer. - Wird ein nicht rückzahlbarer Zuschuß bei gleichzeitiger Vereinbarung einer bestimmten Mietzeit erbracht, so kann von einem "Abwohnen" der Zuwendung keine Rede sein. Das Entgelt für die Gebrauchsüberlassung ist in diesem Fall der voll zu entrichtende Mietzins; nur dieser wird "abgewohnt".

Zusammenfassend ist somit festzustellen, daß sich unter dem Oberbegriff Baukostenzuschuß der "verlorene" und der "anrechenbare" Finanzierungsbeitrag gegenüberstehen. -

Die im Rechtsverkehr vielfach benutzten Begriffe Mietvorauszahlung und Mieterdarlehen finden dagegen erst bei der rechtlichen Einordnung von verlorenem und anrechenbarem Zuschuß Verwendung; sie sind also von entscheidender Bedeutung für die Frage nach der Rechtsnatur der Baukostenzuschüsse.

## B. Die Rechtsnatur der Baukostenzuschüsse

Die gefundene Zweiteilung der Finanzierungsbeiträge der Mieter in anrechenbare und verlorene Baukostenzuschüsse ist weithin das Ergebnis einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise. Es handelt sich dabei nicht um feststehende rechtliche Gestaltungstypen. Die genannten Begriffe besitzen daher auch keine festumrissenen, rechtlichen Konturen.

Für die Frage der Drittwirkung eines gezahlten Baukostenzuschusses kommt es indessen entscheidend auf die Rechtsform der Zuschußleistung an. Die Zuwendung des Mieters kann nur dann etwaigen Rechtsnachfolgern des Vermieters gegenüber wirksam sein, wenn die Ausnahmeregelung des § 571 BGB auf das zugrunde liegende Vertragsverhältnis anwendbar ist. Voraussetzung dafür ist, daß die Hingabe des Baukostenbeitrages als Leistung im Rahmen eines Mietvertrages anzusehen ist. Denn nach § 571 BGB tritt der Erwerber ausschließlich "in die sich aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten" ein.

Der Bundesgerichtshof hat wiederholt festgestellt, die Rechtsnatur der anrechenbaren wie der verlorenen Baukostenzuschüsse könne nicht allgemein bestimmt werden.<sup>1)</sup> Diese Aussage darf indessen nicht dahingehend mißverstanden werden, daß sich für die rechtliche Einordnung keinerlei Systematik aufstellen ließe; sie bedeutet lediglich, daß die zwischen den Parteien über den Finanzierungsbeitrag getroffenen Vereinbarungen unter verschiedene Rechtsinstitute fallen können. Welche rechtliche Einordnung sodann im Einzelfall vorzunehmen ist, wird wesentlich von dem durch Auslegung zu ermittelnden Willen der an dem Vertragsschluß Beteiligten abhängig sein.

---

1) So im Urteil vom 6.6.1952 in NJW 52/867 sowie in den Urteilen vom 3. u. 12.2.1959 in NJW 59/872 (873) und 1424 (1425 f)

Im folgenden sollen daher zunächst die rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten dargestellt werden, in denen die Hingabe eines Baukostenzuschusses erfolgen kann. Sodann wird auf die rechtliche Einordnung von Einzelfällen und die Auslegungskriterien näher einzugehen sein.

### 1. Die rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten

Alle Baukostenzuschüsse - ob verloren oder anrechenbar - unterliegen der gleichen wirtschaftlichen Zweckbestimmung: sie sollen als Beitrag des Mieters zu den Kosten der Erstellung des Mietobjektes verwendet werden.<sup>1)</sup>

Dieser allgemeine Zweck kann auf verschiedene rechtliche Art und Weise verwirklicht werden. Unter Berücksichtigung der jeweiligen Interessenlage kommen für die vertragliche Abrede über die Zuwendung eines Baukostenbeitrages im einzelnen folgende rechtliche Gestaltungstypen in Betracht:

#### a) Der Baukostenzuschuß als unentgeltliche Zuwendung

Eine **S c h e n k u n g** - §§ 516 ff BGB - liegt dann vor, wenn die Zuschußleistung an den Vermieter unentgeltlich erfolgt.

Unentgeltlichkeit der Zuwendung ist anzunehmen, wenn mit der Hingabe des Baukostenbeitrages die Erlangung einer Gegenleistung nicht verfolgt wird.<sup>2)</sup> Damit ist nicht gesagt, daß bei der Schenkung keinerlei Zusammenhang zwischen der Zuwendung des Mieters und einer Leistung des Vermieters bestehen darf. Das für die §§ 516 ff BGB unumgängliche Erfordernis der Unentgeltlichkeit ist lediglich dann nicht mehr gegeben, wenn Leistung und Gegenleistung in einem wechselseitigen Abhängigkeitsverhältnis stehen, ferner, wenn die Leistungsverpflichtung durch die Gegenleistung bedingt ist, sowie auch, wenn die Gegenleistung

---

1) Vgl. im einzelnen S. 8

2) Über die Einschränkung dieser These: Zulässigkeit einer Gegenleistung als Nebenzweck s.S. 16

als Zweck der Leistung vereinbart wird.<sup>3)</sup> Damit ist für die Annahme einer Entgeltlichkeit stets ein rechtlicher, nicht nur ein tatsächlicher wirtschaftlicher Zusammenhang notwendig.<sup>4)</sup>

Je nach der Intensität, mit der der Zuschußgeber gegenüber dem beschenkten Bauherrn auf den Verwendungszweck des Finanzierungsbeitrages hinweist, kommen verschiedene Unterfälle der Schenkung in Betracht.

aa) Bei der **u n e i n g e s c h r ä n k t e n S c h e n k u n g** ist nicht einmal der wirtschaftliche Zusammenhang, in dem die Zuwendung erfolgt, aus dem Vertragswillen ersichtlich. Etwaige aus weiteren Umständen erkennbare Beweggründe des Zuwendenden bleiben dabei unberücksichtigt. Denn sie werden nicht zum Vertragsinhalt gemacht und sind nicht einmal Geschäftsgrundlage.<sup>5)</sup>

Dieser Rechtsgestaltung sind die - praktisch nur ausnahmsweise vorkommenden - Fälle zuzuordnen, in denen die Hingabe des Zuschusses ausschließlich in der Absicht geschieht, den Bauherrn zu bereichern. Das Motiv zu einer derartigen Schenkung wird regelmäßig in einem besonders engen persönlichen Verhältnis zwischen Schenkendem und Beschenktem begründet sein.

bb) Bei der **Z w e c k s c h e n k u n g** - datio ob causam - verfolgt der Zuwendende die Erreichung eines über die Bereicherung hinausgehenden Zwecks. Dabei muß dieser Zweck zum Inhalt des Rechtsgeschäftes geworden sein; das heißt, er darf nicht bloß rechtlich unbeachtlicher Wunsch oder Motiv geblieben sein.<sup>6)</sup>

---

3) Vgl. Staudinger-Ostler - § 516 Anm. 13a  
Larenz, Schuldrecht, Bes. Teil, § 43 III  
Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, § 120 II 3  
Esser, Schuldrecht, § 111, 2 c

4) Nur so werden die anerkannten Rechtsformen der Zweck-schenkung und der Schenkung unter Auflage verständlich.

5) Vgl. Staudinger-Ostler - § 525 Anm. 13

6) Vgl. Enneccerus-Lehmann, a.a.O., § 125 I;  
Esser, a.a.O., § 114, 1; Staudinger-Ostler - § 525 Anm. 9  
Darin liegt der Unterschied zur uneingeschränkten Schenkung.

Die Interessenlage weicht gegenüber dem Fall der uneingeschränkten Schenkung insoweit ab, als die Zweckbestimmung der Zuwendung, - Verwendung als Beitrag zu den Baukosten - nunmehr rechtserheblich geworden ist.

Im Unterschied zur uneingeschränkten Schenkung ergibt sich bei diesem Gestaltungstypus die wirtschaftliche Zweckbestimmung aus der vertraglichen Vereinbarung.<sup>7)</sup> Die gleiche Interessenlage liegt vor, wenn ein Mieter einen verlorenen Baukostenbeitrag ohne vorheriges Leistungsversprechen mit der Zweckbestimmung zuwendet, für eine gewisse Zeit Wohnraum zu erlangen.<sup>8)</sup>

cc) Eine noch stärkere rechtliche Wirkung erhält die Zweckbestimmung der Zuwendung bei der S c h e n k u n g u n t e r e i n e r A u f l a g e. Hier ist der wirtschaftliche Zweck nicht nur in den Inhalt des Schenkungsvertrages mit aufgenommen; aus diesem ergibt sich darüber hinaus eine rechtliche Verpflichtung des Beschenkten, die Verwendungsbestimmung zu vollziehen, - und damit eine kausale Verknüpfung von Zuwendung und Gegenleistung.<sup>9)</sup>

---

7) Zu eng daher Roquette - NJW 62/129 -, wenn er ausführt, von dem Zuwendenden werde bei der Schenkung kein anderer Zweck verfolgt als der, den Empfänger um den Wert der Zuwendung zu bereichern.

8) AA Matthias - MDR 54/649 (650) - Eine derartige Zweckzuwendung ohne Leistungspflicht sei keine Schenkung. Dabei wird jedoch der Schenkungsbegriff des § 516 BGB verkannt, der lediglich objektiv auf die Bereicherung des Empfängers und subjektiv auf die Einigung über die Unentgeltlichkeit abstellt, nicht aber etwa eine Bereicherungsabsicht verlangt. Vgl. Staudinger-Ostler - § 516 Anm. 1, 5

9) Unrichtig daher Roquette - aaO -, bei der Schenkung habe der Empfänger keinerlei Gegenleistung zu erbringen. -

Vgl. Esser, Schuldrecht, § 114, 1;  
Larenz, Schuldrecht, Bes. Teil, § 43 III

Im Gegensatz zum entgeltlichen Vertrag stehen dabei jedoch Leistung und Gegenleistung nach dem Willen der Vertragspartner im Verhältnis von Hauptsache und Nebensache; die Auflage soll die Zuwendung nur bis zu einem gewissen Grade einschränken, ihr jedoch nicht als wertmäßiger Ausgleich gegenüberstehen.<sup>10)</sup>

Ein Baukostenzuschuß kann also nur solange unter diese Rechtsform - und damit unter den Schenkungsbegriff überhaupt - eingeordnet werden, wie er nicht einen Gegenwert für eine Gegenleistung des Bauherrn darstellt. Das ist einmal der Fall, wenn die Zuwendung nach dem Willen der Vertragsschließenden ausschließlich mit der wirtschaftlichen Zweckbestimmung erfolgt, daß er zur Deckung der Baukosten zu verwenden ist. Ist mit der Hingabe seitens des Zuwendenden darüber hinaus der Zweck verbunden, dafür den erstellten Wohnraum zu bekommen, so kann der Zuschuß nur dann eine Schenkung sein, wenn die entsprechende Verpflichtung zur Raumgewährung oder -überlassung nach dem Vertragswillen als Minderung des Wertes der Zuwendung, nicht aber als ihr Gegenwert aufzufassen ist. - Das wird jedoch nur im Ausnahmefall zutreffen. Denn die auf Wohnraumerlangung gerichtete Zweckbestimmung des Zuschusses wird regelmäßig zu einer wertentsprechenden Gegenleistungspflicht des Vermieters führen und damit zu einer Entgeltlichkeit des Rechtsgeschäftes.

Nur besondere, wohl stets in einem engen persönlichen Verhältnis begründete Umstände können somit dazu führen, einen Baukostenzuschuß - in Betracht käme ohnehin nur ein verlorener Zuschuß - rechtlich als Schenkung zu qualifizieren. Drittwirkung könnte ein derartiger Zuschuß nicht entfalten. Denn er ist in diesem Fall nicht mietvertragliche Gegenleistung des Mieters, auf die allein die Ausnahmeregelung des § 571 BGB anwendbar ist.

---

10) Vgl. Larenz, aaO, § 43 III; Esser, aaO, § 114, 1  
Staudinger-Ostler - § 525 Anm. 12

b) Der Baukostenbeitrag als Kapitaleinlage

Eine Gesellschaft nach § 705 BGB liegt vor, wenn sich Zuwendender und Eigentümer gegenseitig zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes, der Erstellung oder Instandsetzung von Wohnraum, verbinden und verpflichten. Zuschußgeber und Grundstücksinhaber gründen eine Aufbaugesellschaft, in die der Baukostenbeitrag als Einlage eingebracht wird. Wesentlich ist dabei, daß die Vertragspartner nicht Leistungen austauschen, sondern sich zur Verfolgung gemeinsamer Interessen zusammenschließen. Ein Hauptmerkmal der Gesellschaft ist, daß die Beteiligten den als gemeinsam herausgestellten Zweck auch gemeinsam, also im Zusammenwirken, verfolgen. Davon wird man nur solange sprechen können, wie der Zuwendende auch nach der Zuschußleistung noch die Möglichkeit hat, auf die Herbeiführung des erstrebten wirtschaftlichen Erfolges Einfluß zu nehmen.<sup>11)</sup>

Eine Gesellschaft wird also dann nicht mehr vorliegen, wenn der Eigentümer bei der Erstellung des Wohnraumes eigenverantwortlich und auf eigene Rechnung tätig wird, insbesondere wenn der Zuschußgeber in keiner Weise wirtschaftlich an der Substanz des Vermögens beteiligt sein soll.

Regelmäßig wird der Eigentümer eine so weitgehende Einflußnahme und Beteiligung des Zuwendenden ablehnen. Eine Zuschußhingabe im Rahmen eines Gesellschaftsverhältnisses wird daher ebenfalls nur im Ausnahmefall vorliegen. Für eine Drittwirkung ist dabei kein Raum, da § 571 BGB nicht einschlägig ist.

Bei den bisher behandelten Gestaltungstypen bestand der Zweck der Hingabe des Baukostenzuschusses ausschließlich darin, daß ein Beitrag zu den Baukosten von Wohnraum geleistet werden sollte. Darüber hinaus verfolgt der Zuschußgeber im Normalfall aber den für ihn im Vordergrund stehenden Zweck, den mit seiner finanziellen Hilfe erstellten Wohnraum mietweise zu erlangen.

---

11) Vgl. Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, § 175 II 2; Larenz - Schuldrecht, Bes. Teil, § 56 I a

Die Berücksichtigung dieser Interessenlage führt dazu, die rechtlichen Beziehungen zwischen Mieter und Vermieter als Gegenseitigkeitsverhältnis aufzufassen.

Abhängig davon, ob der wirtschaftliche Zweck der Leistung des Finanzierungsbeitrages auf Überlassung oder Dauergewährung des Wohnraumes gerichtet ist, bieten sich im einzelnen folgende Gestaltungsmöglichkeiten:

c) Der Baukostenzuschuß als Gegenleistung für den Abschluß des Mietvertrages

aa) Als eine atypische, im Gesetz nicht näher geregelte vertragliche **S o n d e r l e i s t u n g** ist der Baukostenzuschuß aufzufassen, wenn mit seiner Hingabe ausschließlich die Überlassung der Wohnung bezweckt wird.<sup>12)</sup> Der Baukostenbeitrag ist in diesem Fall ausschließlich Gegenleistung für den Abschluß des Mietvertrages, nicht aber Entgelt für die dauernde Gebrauchsgewährung des Mietobjektes. Die Gegenleistung des Vermieters besteht allein darin, daß er mit dem Zuschußgeber ein Mietverhältnis eingeht.

Hier gewährt der Mieter den Finanzierungsbeitrag aufgrund eines besonderen, gegenseitigen Zuschußvertrages, der in den Mietvertrag eingegliedert sein kann, mit diesem aber nicht identisch ist. Dabei wird es sich zumeist um einen langfristigen Mietvertrag handeln; erforderlich ist das in diesem Zusammenhang indessen nicht. Im Gegenseitigkeitsverhältnis zum Baukostenzuschuß steht der bloße Abschluß des Mietvertrages, nicht aber die Mietraumgewährung.

Eine Sonderleistung setzt also voraus, daß sich aus der zugrundeliegenden vertraglichen Vereinbarung ergibt, daß der Mieter den Beitrag leistet, um überhaupt Wohnraum zu bekommen und dafür als Gegenleistung des Vermieters dessen Bereitschaft zum Vertragsschluß erhält.

---

12) Die rechtliche Möglichkeit einer derartigen Sonderleistung im Rahmen eines Mietverhältnisses ist unter Berufung auf den Grundsatz der Gestaltungsfreiheit allgemein anerkannt. - Vgl. Pergande - NJW 51/737; Schopp - ZMR 54/37 (38); Mölders - NJW 55/777 f; Schuster - MDR 60/181 (182); Wunner - NJW 66/2285 (2286 f)  
BGH - Urt. v. 3.2.1959 - NJW 59/872 (873)  
Urt. v. 12.2.1959 - NJW 59/1424 (1425)

Mit dem Abschluß des Mietvertrages hat der Vermieter das Äquivalent für einen derartigen Baukostenbeitrag erbracht; der Zuschußvertrag ist voll abgewickelt. - Daher kann die Zuwendung Rechtsnachfolgern des Vermieters gegenüber keinerlei Wirkungen mehr haben.

bb) Beim M i e t e r d a r l e h e n leistet der Mieter den Baukostenzuschuß aus dem gleichen Beweggrunde wie bei der vertraglichen Sonderleistung: der Vermieter soll dadurch zur Überlassung des Mietobjektes veranlaßt werden. Im Gegensatz zum Fall der Sonderleistung bleibt der Vermieter jedoch zur Rückzahlung des Zuschusses verpflichtet.

Die Zuwendung durch den Mieter erfolgt gegen Abschluß eines - meist langfristigen - Mietvertrages unter Vereinbarung einer betagten Rückzahlungsverpflichtung des Vermieters aufgrund eines neben dem Mietvertrag geschlossenen selbständigen Darlehensvertrages - § 607 BGB.

Durch die Darlehenshingabe erlangt der Mieter als Gegenleistung des Vermieters einmal dessen Verpflichtung zur Raumüberlassung, - nicht etwa die nach § 531 S. 1 BGB als Hauptleistungspflicht aus dem Mietverhältnis anzusehende fortdauernde Raumgewährung. Gegenleistung für das Darlehn ist der Abschluß des Mietvertrages, nicht dessen Erfüllung. Von einander abhängig sind beim Mieterdarlehen lediglich die Vertragsabschlüsse, nicht aber die sich aus ihnen ergebenden Schuldverhältnisse. Denn Mietverhältnis und Darlehen sind in ihrem Bestand nicht notwendigerweise von einander abhängig.

Darüberhinaus entsteht mit der Zuschußleistung ein selbständiger Rückzahlungsanspruch des Mieters gegen den Vermieter - § 607 I BGB. Über den Rückzahlungsmodus dieser Forderung sind verschiedene Abreden möglich.

Wegen des engen Zusammenhangs von Mietvertrag und Darlehen ist es nicht üblich - jedoch theoretisch durchaus denkbar -, daß die Rückzahlungsforderung des Mieters selbständig, ohne Rücksicht auf die Mietzinsforderung des Vermieters zu tilgen ist.

Das Besondere im Fall des Mieterdarlehens ist die zu-  
meist vereinbarte modifizierte Art der Rückzahlung in  
kleinen Raten durch Verrechnung mit den einzelnen Miet-  
zinsforderungen.<sup>13)</sup>

Auf die Rechtsnatur des Darlehens hat diese Art der  
Rückerstattung keinen Einfluß. Denn eine Darlehens-  
schuld kann wie jede andere zu erbringende Leistung  
bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 387 BGB durch  
Aufrechnung getilgt werden.<sup>14)</sup> - Bei Verrechnung von  
Darlehensanspruch und Mietzinsforderung bestehen im  
einzelnen folgende Möglichkeiten:<sup>15)</sup>

- 1) Jeweils bei Fälligkeit einer Mietzinsrate wird  
die Aufrechnung mit einem entsprechenden oder  
auch geringeren Teil des Rückzahlungsanspruchs  
erklärt. - Dies ist der Fall der in § 387 BGB  
gesetzlich geregelten einseitigen Aufrechnung.  
Bei der zugrundeliegenden Tilgungsabrede han-  
delt es sich um einen Aufrechnungsvorvertrag  
mit lediglich schuldrechtlichen Wirkungen,  
durch den das Recht einer oder beider Parteien  
festgelegt wird, demnächst ganz oder teilweise  
mit der eigenen Forderung aufzurechnen.<sup>16)</sup>
- 2) Bei Fälligkeit einer Mietzinsrate vollzieht  
sich die Aufrechnung mit der Forderung des  
Mieters ohne weiteres aufgrund einer im Miet-  
oder Darlehensvertrag enthaltenen entsprechen-  
den Vereinbarung. - Bei einem derartigen Auf-  
rechnungsvertrag wird die Aufrechnung durch die  
übereinstimmende Willenserklärung der Parteien  
unmittelbar vollzogen, wobei die Wirkung - gegen-  
seitige Aufhebung der Forderung - jeweils erst  
mit der Fälligkeit der einzelnen Mietzinsforderung  
eintritt.<sup>17)</sup>

---

13) Vgl. BGH, Urt. v. 6.6.1952 - NJW 52/867; Urt. v.  
3.6.1953 - DRpfI 54/373; Urt. v. 6.7.1966 - NJW  
66/1703 f; LG Wiesbaden - NJW 67/577.

14) Falsch insoweit Merkert - NJW 51/697 (698) -,  
der die Rechtsnatur der Aufrechnung als Erfüllungs-  
ersatz verkennt. - Vgl. hierzu Erman-Westermann  
Vorb. 1 vor § 387.

15) Vgl. BGH - Urt. v. 6.6.1952 - NJW 52/867 (868)

16) Vgl. Palandt-Danckelmann - § 387 Anm. 2

17) Vgl. RGRK - Vor § 387 Anm. 20 -; Bachmann - ZMR 61/33 -  
spricht insofern unklar von einem "Verrechnungsvertrag".

- 3) Nach der Abrede der Parteien sollen auch die erst später fällig werdenden Mietzinsforderungen schon mit der Leistung des Baukostenzuschusses ganz oder zu einem Teil getilgt sein. -

Nach dieser Aufrechnungsvereinbarung werden die gegenseitigen Forderungen mit sofortiger Wirkung gegenseitig aufgehoben, wobei das Erfordernis der Fälligkeit wegbedungen ist.<sup>18)</sup>

Als wesentliche Merkmale eines Mieterdarlehens ergeben sich daher:

- 1) mit der Leistung des Baukostenzuschusses entsteht ein selbständiger Rückzahlungsanspruch des Mieters gegen den Vermieter,
- 2) als weitere Gegenleistung des Vermieters besteht regelmäßig dessen Verpflichtung, mit dem Zuschußgeber einen Mietvertrag einzugehen, wobei sich die Zuwendung etwa in der Frage der Mietzeitdauer auch auf den Inhalt des Vertrages auswirken kann.<sup>19)</sup>

Durch eine derartige enge Verknüpfung mit dem Mietvertrag wird die Darlehenseigenschaft eines Finanzierungsbeitrages nicht berührt. Darlehensvertrag und Mietvertrag führen rechtlich ein Eigenleben, wenn sie sich auch aus einem wirtschaftlich als einheitlich zu betrachtenden Lebensvorgang ergeben. Als Indiz für die rechtliche Eigenständigkeit diene nur der Hinweis, daß die zeitliche Dauer von Darlehens- und Mietverhältnis nicht notwendigerweise voneinander abhängig ist. In der Regel wird vielmehr das Mietverhältnis die Laufzeit des Darlehens überdauern.

Ferner ist es für den Darlehenscharakter eines Baukostenzuschusses belanglos, ob Zinsen ausbedungen wurden oder nicht. Die Verzinslichkeit gehört nicht zu den erforderlichen Tatbestandsmerkmalen des Darlehens.<sup>20)</sup>

- 
- 18) Die in § 387 BGB enthaltene Voraussetzung der Fälligkeit ist zwingendes Recht nur für die einseitige Aufrechnung. Vgl. RGRK - aaO
- 19) Vgl. z.B. die dem Urteil des BGH vom 6.7.1966 - NJW 66/1703 zugrunde liegende Fallgestaltung.
- 20) Vgl. Staudinger-Riedel - § 608 Anm. 1

Ob ein derartiges Mieterdarlehen Rechtsnachfolgern des Vermieters gegenüber rechtliche Wirkung hat, wird im wesentlichen davon abhängig sein, inwieweit der Darlehensvertrag dem Mietverhältnis eingegliedert ist, das nach § 571 BGB auf den neuen Eigentümer des Mietobjektes übergeht.

d) Der Baukostenbeitrag als Gegenleistung für die Mietraumgewährung.

aa) Die offene Mietvorauszahlung

Der Finanzierungsbeitrag des Mieters ist rechtlich als M i e t z i n s einzuordnen, wenn der Zweck seiner Hingabe über die Raumüberlassung, also den Abschluß des Vertrages hinaus in der dauernden Gewährung des Mietraumes zu sehen ist. Die Gegenleistung des Vermieters besteht in diesem Fall in der Überlassung und Gewährung des Raumgebrauchs, wie sie sich als Hauptverpflichtung des Mietvertrages für ihn aus § 535 S. 1 BGB ergibt. Nicht der bloße Abschluß des Vertrages, sondern die fortdauernde Mietraumgewährung steht also im Gegenseitigkeitsverhältnis zum Baukostenzuschuß.

Bei dieser Zweckrichtung erfüllt der Mieter mit der Zuschußleistung die ihm nach § 535 S. 2 BGB aus dem Mietvertrag obliegende Verpflichtung, den vereinbarten Mietzins zu entrichten. Das Besondere dabei ist, daß das Entgelt für die Gebrauchsgewährung für einen längeren Zeitraum im voraus entrichtet wird. Dadurch wird der Mietzinscharakter jedoch nicht beeinträchtigt. Denn Periodizität der Mietzahlung ist kein begriffswesentliches Merkmal. Die Gegenleistung des Mieters kann in einer Summe für die gesamte Mietzeit wie auch in Teilbeträgen für beliebige Zeitabschnitte erbracht werden.<sup>21)</sup>

---

21) Vgl. Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, § 129 II, 2  
Staudinger-Kiefersauer - § 535 Anm. 92;  
Mittelstein - Mietrecht S. 15 f

Der Tatsache Rechnung tragend, daß der Mieter seine Leistung vor Erhalt der Gegenleistung erbringt, wird ein derartiger Baukostenzuschuß allgemein als Mietvorauszahlung bezeichnet.<sup>22)</sup>

Dieser für die weitere Untersuchung wesentliche Begriff bedarf einer genaueren Betrachtung. Denn unter einer Mietvorauszahlung kann man rechtlich verschieden zu beurteilende Tatbestände verstehen.

Einmal kann eine Vorauszahlung eine Erfüllungshandlung des Mieters sein, die vor Fälligkeit der Leistung erbracht wird; sie ist dann eine Vorleistung im Sinne von § 271 Abs. 2 BGB. Mit der Hingabe des Zuschusses erfüllt der Mieter Mietzinsforderungen des Vermieters, die noch nicht fällig gestellt sind, leistet also einen Vorschuß, den er zu diesem Zeitpunkt noch nicht zu leisten braucht.

Unter Vorauszahlung kann aber auch eine Vorleistung verstanden werden, zu der der Mietzinsschuldner vertraglich verpflichtet ist. In diesem Fall haben die Parteien den Fälligkeitstermin der Mietzinsforderung vorverlegt, also eine Vorleistungspflicht des Mieters entsprechend § 320 I BGB vereinbart. - Die gesetzliche Regelung sieht in § 551 I BGB zwar eine Vorleistungspflicht des Vermieters vor, indem sie bestimmt, daß der Mietzins jeweils rückwirkend zu entrichten ist. Dabei handelt es sich jedoch um dispositives Recht, sodaß es für den Termin der Mietzinszahlung allein auf die vertragliche Vereinbarung ankommt. Die Parteien können jederzeit einen früheren Fälligkeitstermin und damit eine Vorleistungspflicht des Mieters verabreden.<sup>23)</sup>

---

22) Vgl. Roquette - Mietrecht S. 283; derselbe in NJW 62/129; Mittelstein in MDR 55/584; Weitnauer - DB 57/796; Pergande - NJW 51/737 (738); BGH - Urt. v. 6.7.66 - NJW 66/1703 f.; BGH - Urt. v. 29.6.66 - NJW 66/1705 ff. BGH - Urt. v. 30.11.66 - NJW 67/555 (556).

23) Die gesetzliche Regelung entspricht nicht dem allgemeinen Rechtszustand. § 4 des Deutschen Einheitsmietvertrages, der dem Großteil der Mietverhältnisse zugrunde liegt, bestimmt eine Vorleistungspflicht des Mieters.

Leistet der Mieter bei Beginn des Mietverhältnisses einen Baukostenzuschuß, so ist regelmäßig eine derartige Vereinbarung zu unterstellen. Denn Sinn und Zweck der Vorauszahlung des Zuschusses liegen gerade darin, daß der Mieter damit zur Erstellung und Finanzierung des Mietraumes beiträgt. Dieser wirtschaftliche Zweck kann nur erreicht werden, wenn der Mieter zur Vorleistung verpflichtet ist.

Die Zuschußleistung erscheint nur dann als sinnvoll, wenn sie auf den Beginn des Mietverhältnisses fällig gestellt ist. Da der Zuschuß rechtlich als Mietzins anzusehen ist, ist auch insoweit der Fälligkeitstermin mit dem Zeitpunkt der Zuschußleistung identisch. Diese ist daher keine Vorleistung im Sinne des § 271 II BGB, sondern Erfüllung einer fälligen Mietzinsschuld. Der Baukostenzuschuß ist Mietvorauszahlung nur im wirtschaftlichen Sinn. Rechtlich klarer und einwandfreier wäre die Bezeichnung "im voraus zu entrichtender, fälliger Mietzins."<sup>24)</sup>

Wird der Baukostenzuschuß als Mietvorauszahlung geleistet, so kann die Tilgung der entsprechenden Mietzinsforderung so vonstatten gehen, daß mit seiner Hingabe der Mietzins für eine entsprechende Zeit erbracht ist. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn ein Zuschuß von 2.000,-- DM unter der Vereinbarung geleistet wird, damit sei der Mietzins für die ersten zehn Monate des Mietverhältnisses bezahlt; vom elften Monat an sei der Mieter zu einer Zahlung von monatlich 200,-- DM verpflichtet. - Bei dieser Tilgungsart ist der Mieter aufgrund des geleisteten Baukostenzuschusses für einen gewissen Zeitraum von jeglicher Mietzinsszahlung befreit.

Auf den dargestellten Zahlungsmodus lassen sich indessen Vermieter häufig nur ungern ein. Denn sie sind vielfach auf monatlich eingehende Mieterträge angewiesen, um Zins- und Tilgungsraten für aufgenommene Baukredite fristgerecht zurückzahlen zu können. - In vielen Fällen wird daher

---

24) Im folgenden soll gleichwohl die übliche Bezeichnung "Mietvorauszahlung" beibehalten werden, wobei jedoch die unterschiedliche Bedeutung zu beachten sein wird.

vereinbart, daß durch die Zuschußleistung nur ein bestimmter Bruchteil der Mietzinsforderung für eine entsprechende Zeit als getilgt anzusehen ist, während der verbleibende Teil monatlich zu zahlen ist. Auf den Ausgangsfall bezogen würde das etwa heißen, durch die Zuschußleistung von 2.000,-- DM ist der halbe monatliche Mietzins auf die Dauer von zwanzig Monaten erbracht. In dieser Zeit ist der Mieter also nur zu einer Mietzahlung von monatlich 100,-- DM verpflichtet.

Wie bei der zunächst dargestellten Tilgungsart ist die Zuschußleistung des Mieters im Hinblick auf den Mietzinsanspruch des Vermieters auch hier ein echtes Erfüllungsgeschäft - §§ 535 S. 2, 362 BGB. Der Unterschied besteht lediglich darin, daß nur für den durch die Vorauszahlung abgegoltenen Teil des Mietzinses eine Vorleistungspflicht des Mieters und insoweit eine vorzeitige Fälligkeit vereinbart ist.<sup>25)</sup> Der restliche, periodisch zu entrichtende Mietzins unterliegt den vertraglich bestimmten Fälligkeitsterminen. So wird bei monatlicher Zahlweise am Monatsersten nur der noch zu zahlende jeweilige Mietrest-betrag fällig.<sup>26)</sup>

#### bb) Die verdeckte Mietvorauszahlung

Bei der rechtlichen Gestaltungsmöglichkeit des Baukostenzuschusses als Mietvorauszahlung wurde bisher unterstellt, daß sich aus dem Mietvertrag eindeutig ergibt, in welcher Höhe der Mietzins damit für welche Mietzeit als erbracht anzusehen ist.

Im Gegensatz dazu ist Kennzeichen der **v e r d e c k t e n M i e t v o r a u s z a h l u n g**, daß entsprechende Tilgungsvereinbarungen aus dem Mietvertrag nicht ohne weiteres ersichtlich sind oder überhaupt fehlen, obwohl die Interessenlage die gleiche ist wie bei der offenen Vorauszahlung.

---

25) Unrichtig BGH - Urt. v. 6.7.1966 - NJW 66/1703 (1704) -, die einzelne Pachtzinsrate sei jeweils bei Fälligkeit in der vertraglich bestimmten Höhe infolge der Vorauszahlung getilgt. - Geht man in diesem Fall mit dem BGH davon aus, daß der Baukostenzuschuß als Pachtvorauszahlung anzufassen ist, dann tritt die Tilgung in der vorgesehenen Höhe mit der Zuschußhingabe ein, d.h. die Fälligkeit ist insoweit auf diesen Zeitpunkt vorverlegt.

- Vgl. auch Cranz - JR 60/124 (125)  
26) Vgl. RG - Urteile v. 20.1.1930 - RGZ 127/116 ff  
u. v. 6.6.1932 = RGZ 136/407 ff sowie BGH -  
Urt. v. 6.6.1952 = BGHZ 6/204 ff.

Der Zuschuß soll also auch hier nicht nur dem Vertragsschluß, sondern darüber hinaus als Gegenleistung des Mieters für die dauernde Raumbewährung dienen.<sup>27)</sup>

Daß in diesen Fällen der wahre Mietzinsanspruch verschleiert wird, weil der tatsächlich zu entrichtende Mietzins höher liegt als der im Vertrag ausdrücklich festgelegte, vermag an der Rechtsnatur des Baukostenzuschusses nichts zu ändern. Denn entscheidend ist bei jeder Leistung allein, welchen Zweck sie nach dem Willen der Parteien erfüllen soll. Diesen Zweck wird man in der Regel den Vertragsklauseln entnehmen können. Fehlen aber entsprechende Abmachungen, so kann er nur aus der Interessenlage in Verbindung mit dem mutmaßlichen Willen der Parteien durch Auslegung ermittelt werden.

Soweit der Finanzierungsbeitrag in der Rechtsform einer offenen oder verdeckten Mietzinszahlung erbracht wird und damit auf einer mietvertraglichen Vereinbarung beruht, findet § 571 BGB grundsätzlich Anwendung. - Die Frage der Drittwirkung stellt sich also in der Hauptsache, wenn eine derartige rechtliche Ausgestaltung vorliegt.

---

27) Die Möglichkeit einer verdeckten Mietvorauszahlung erwähnen ausdrücklich Bettermann - ZMR 52/29 (32); Roquette - NJW 62/129 (132); Wunner - NJW 66/2285 f, - vgl. auch BGH - Urt. v. 12.2.1959 - NJW 59/1424 (1427).

2) Die auf dem Wohnungsmarkt üblichen Erscheinungsformen des Baukostenzuschusses

Nachdem die rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten, in denen die Hingabe eines Baukostenzuschusses erfolgen kann, unter Zuordnung der jeweiligen Interessenlage vorgestellt sind, ist zu untersuchen, welcher dieser Rechtsformen die auf dem Wohnungsmarkt üblichen vertraglichen Vereinbarungen entsprechen. - Denn nur soweit eine derartige Zuwendung als Mietzinszahlung oder als Mieterdarlehen ausgestaltet ist, erhebt sich die Frage, ob Rechtsnachfolger des Vermieters jene gegen sich gelten lassen müssen.

Dabei soll ihrer Bedeutung für die heutige Wohnungswirtschaft entsprechend zunächst die Rechtsnatur der Finanzierungsbeiträge bestimmt werden, die nach dem Parteiwillen mit der Mietzinsforderung des Vermieters in irgendeiner Weise verrechnet werden sollen.

a) Der anrechenbare Baukostenzuschuß

Der Begriff anrechenbarer Baukostenzuschuß umschreibt den wirtschaftlichen Tatbestand, daß die Zuwendung nur vorübergehend dem Vermögen des Vermieters zugute kommt, um dann dem Mieter in irgendeiner Form zurückgewährt zu werden, wobei die Rückzahlung in der Regel durch Verrechnung mit den einzelnen Mietzinsraten erfolgt.

Die Schwierigkeit der rechtlichen Erfassung dieses Tatbestandes ist in der Mehrdeutigkeit der Begriffe "anrechnen" bzw. "verrechnen" begründet. Anrechnung des Baukostenzuschusses auf die Mietzinsforderung des Vermieters kann rechtlich bedeuten:

- 1) Tilgung der Mietzinsforderung oder
- 2) Aufrechnung des Rückzahlungsanspruches des Mieters mit der Gegenforderung des Vermieters.

Im ersten Fall ist "Anrechnung" Erfüllung der Verpflichtung des Mieters zur Mietzinszahlung - §§ 535 S. 2, 362 BGB -; im zweiten kommt der Mieter dieser Verpflichtung

durch Preisgabe einer eigenen, selbständigen Gegenforderung nach - §§ 387, 389 BGB.

Aus dieser Gegenüberstellung folgt, daß der anrechenbare Zuschuß in der Rechtsform der Mietvorauszahlung und des Darlehens vorkommen kann.

Er ist Mietvorauszahlung, wenn mit seiner Hingabe eine Mietzinsforderung getilgt wird, Mieterdarlehen hingegen, wenn dabei eine selbständige Rückzahlungsforderung entsteht.<sup>1)</sup>

Es soll nochmals hervorgehoben werden, daß es bei der Frage, welche dieser beiden rechtlichen Gestaltungsformen im Einzelfall vorliegt, entscheidend auf die Auslegung des erklärten Parteiwillens ankommen wird. Dabei ist zu ermitteln, ob nach dem Willen der Parteien mit der Hingabe des Zuschusses die Mietzinsforderung des Vermieters erfüllt oder eine Darlehensforderung des Mieters begründet werden sollte.

aa) Keinerlei Schwierigkeiten ergeben sich bei den Parteienvereinbarungen, in denen die Vorstellungen der Parteien eindeutig zum Ausdruck gekommen sind.

Formulierungen etwa der Art: "Mit der Leistung des Baukostenzuschusses ist der Mietzins für die Zeit vom ... bis ... erbracht" oder "Mit der Hingabe des Finanzierungsbeitrages ist die Mietzinsforderung des Vermieters für die Zeit ... beglichen," lassen nur die Auslegung zu, daß durch den Baukostenbeitrag die Mietschuld für eine bestimmte Zeit im voraus getilgt sein soll. Der Zuschuß ist in diesen Fällen also Mietvorauszahlung.

---

1) So die allgemeine Meinung, vgl. Roquette, Mietrecht S. 283; derselbe in NJW 62/129; Staudinger-Kiesersauer § 607 Anm. 22 b; Mittelstein, MDR 55/584; Weitnauer DB 54/796; Pergande, NJW 51/737; Debelius, ZMR 66/291; Wunner, NJW 66/2285.

bb) Die gleiche rechtliche Würdigung muß der Sonderfall erfahren, daß der Mietzins im Hinblick auf einen vom Mieter geleisteten Baukostenzuschuß von vornherein niedriger bemessen wird, als er ohne ihn angesetzt worden wäre.<sup>2)</sup>

Es zahlt also beispielsweise der Mieter einen Baukostenbeitrag von 4800,-- DM. Für die ersten zwei Jahre der Mietzeit wird die monatliche Miete auf 100,-- DM, für die spätere Zeit auf 300,-- DM festgesetzt.

Die Auslegung einer derartigen Vereinbarung kann nur dahin gehen, daß von Beginn der Mietzeit an ein höherer Mietzins als der zunächst vertraglich festgesetzte geschuldet wird; im Beispiel beträgt der monatliche Mietzins also von Anfang an 300,-- DM. Die Parteien haben nur der Einfachheit halber den in Gestalt des Baukostenzuschusses bereits erbrachten Teil des Mietzinses sofort von dem eigentlich geschuldeten Mietzins abgezogen und lediglich den Restbetrag als Mietforderung in den Vertrag eingesetzt. Die Abrede der Parteien müßte im Beispiel daher vollständig lauten:

Durch die Zuschußleistung sind  $\frac{2}{3}$  des monatlich zu erbringenden Mietzinses für die Dauer von zwei Jahren als getilgt anzusehen. Dieser Teil des Mietzinses ist auf den Zeitpunkt der Zuschußhingabe fällig gestellt, so daß der Mieter für  $\frac{2}{3}$  der Miete der beiden ersten Mietjahre vorleistungspflichtig ist.

Auch dieser Sonderfall enthält bei sinngemäßer Auslegung eine Tilgungsvereinbarung der Parteien. Der Baukostenbeitrag kann daher nur als Vorauszahlung der Miete und damit als Mietzins angesehen werden.

---

2) Pesenacker, S. 14 ff. - im Anschluß an Pergande, NJW 51/737 - bezeichnet den Baukostenzuschuß in diesem Ausnahmefall als "verloren"; der Zuschuß sei lediglich das wirtschaftliche Motiv für die ermäßigte Miete, er beeinflusse diese nur mittelbar. - Diese Auffassung verkennt, daß der Finanzierungsbeitrag dabei sofort mit der Miete verrechnet wird. Es handelt sich hier daher im Gegenteil um den extremsten Fall eines anrechenbaren Baukostenzuschusses.

cc) Die Abgrenzung zwischen Mietvorauszahlung und Mieterdarlehen bereitet der Rechtsprechung seit jeher bei den Verträgen besondere Schwierigkeiten, in denen lediglich Verrechnungsvereinbarungen enthalten sind, wo also nicht ohne weiteres ersichtlich ist, ob mit der Zuschußleistung eine Mietzinsschuld getilgt oder gegen diese Schuld mit einer selbständigen Rückzahlungsforderung des Mieters aufgerechnet werden soll.<sup>3)</sup> Auch in der Literatur ist diesem Problem ein breiter Raum gewidmet.<sup>4)</sup>

Mit geringfügigen Abweichungen handelt es sich dabei um folgende, in der Praxis recht häufige Fallgestaltung, wie sie beispielsweise dem Urteil des BGH vom 6.7.1966<sup>5)</sup> zugrunde liegt:

Der monatliche Mietzins beträgt 600,-- DM. Der Mieter gibt dem Vermieter einen Baukostenzuschuß in Höhe von 7000,-- DM. Dieser Betrag soll in der Form zurückgezahlt werden, daß ab 1.4.62 monatlich 150,-- DM auf die laufende Miete verrechnet werden sollen, so daß dann vom Mieter nur noch 450,-- DM pro Monat zu entrichten sind.

Ein Anhaltspunkt für die Rechtsnatur könnte sich aus der von den Parteien gewählten Bezeichnung des Zuschusses in dem jeweiligen Vertrag ergeben. Wie problematisch eine derartige grammatische Auslegung jedoch ist, ergibt sich schon allein daraus, daß die Rechtsprechung entgegen dem Wortlaut - Mietvorauszahlung - zur Annahme eines Darlehens gelangte,<sup>6)</sup> und umgekehrt vielfach eine Mietvorauszahlung als gegeben ansah, wo die Parteien den Zuschuß als "Darlehen" bezeichnet hatten.<sup>7)</sup>

---

3) Vgl. aus der umfangreichen Rechtsprechung: BGH, BGHZ 6/202 ff., NJW 54/673 ff., DRpfl. 54/373 ff., OLG Celle, NdsRpfl - 52/169 ff., OLG Bremen, BB 52/182 ff., OLG München MDR 52/105 ff., OLG Oldenburg NdsRpfl. 55/173; OLG Frankfurt, NJW 64/453; BGH, NJW 66/1703 ff. LG. Wiesbaden, NJW 67/577 f.

4) Vgl. Pergande - NJW 51/737; Bettermann - ZMR 52/29; Schopp - ZMR 52/73; Matthias - MDR 54/649; Mittelstein - MDR 55/584; Cranz - JR 60/124; Bachmann - ZMR 61/33.

5) NJW 66/1703 f.

6) Vgl. OLG Bremen, BB 52/182

7) So BGH in NJW 52/867, MDR 54/283, NJW 55/301 (302)

NJW 59/380, NJW 66/1703 (1704);

OLG München, NJW 52/307 (309); OLG Celle NdsRpfl. 52/169

Welche unklare rechtliche Vorstellung die Parteien vielfach von der gewählten Bezeichnung haben, zeigt recht instruktiv der dem Urteil des BGH vom 6.7.1966<sup>8)</sup> zugrundeliegende Sachverhalt; dort heißt es: "Der Pächter gibt dem Verpächter ein unverzinsliches Darlehen als Pachtvorauszahlung ... Die Mietvorauszahlung soll in der Form zurückgezahlt werden ..."

Es werden dort also beide Begriffe ohne Berücksichtigung ihrer unterschiedlichen rechtlichen Bedeutung wahllos unmittelbar nebeneinander gebraucht. - Die Warnung der höchststrichterlichen Rechtsprechung vor einer am Wortlaut des Vertrages ausgerichteten, formalistischen Auslegung erscheint daher gerechtfertigt.<sup>9)</sup> Das muß insbesondere dann gelten, wenn die entsprechenden Formulierungen von Rechtsunkundigen entworfen sind. Es wäre unbillig und würde dem wahren Sachverhalt nicht gerecht, die Entscheidung über die Rechtsnatur von der mehr oder weniger zufälligen und willkürlichen Abrede über die Art der Anrechnung abhängig zu machen. - Auf den Wortlaut kann daher bei dem Abgrenzungsproblem nicht entscheidend abgestellt werden.<sup>10)</sup>

In gleicher Weise zurückhaltend sind Abreden über die Verzinslichkeit des erbrachten Baukostenzuschusses zu beurteilen. - Dem strengen Wortsinn nach kann von einer Verzinsung nur gesprochen werden, wenn eine entsprechende Forderung besteht. Verzinslich wäre nur die Darlehensforderung, da der als Mietvorauszahlung erbrachte Finanzierungsbeitrag als Erfüllungsgeschäft nach § 362 BGB anzusehen ist, insoweit eine Kapitalforderung, die verzinst werden könnte, also garnicht besteht. Eine am Wortlaut orientierte Auslegung müßte in einem derartigen Fall also zwangsläufig zur Annahme eines Mieterdarlehens kommen.<sup>11)</sup>

---

8) aaO

9) Vgl. BGH, NJW 54/673

10) Bedenklich daher OLG Bremen, BB 52/182

11) So offensichtlich Pergande, NJW 51/737 (738)

Völlig unberücksichtigt bliebe jedoch dabei, daß im wirtschaftlichen Leben vielfach auch für Vorauszahlungen "Zinsen" berechnet werden, wobei es sich rechtlich nicht um Zinsen, sondern um einen besonderen Nachlaß für die Vorauszahlung handelt. So wird der rechtliche Charakter einer Kaufpreisforderung - § 433 II BGB - dadurch in keiner Weise beeinträchtigt, daß der Käufer bei sofortiger Bezahlung Skonto abziehen darf oder daß seine vor Anlieferung der gekauften Ware erfolgte Kaufpreiszahlung bis zum Tage der Lieferung verzinst wird. Es entspricht daher durchaus wirtschaftlichen Gebräuchen, wenn auch für die Vorauszahlung von Mietzins eine besondere Vergütung vereinbart wird, die wirtschaftlich, aber nicht rechtlich als Verzinsung anzusehen ist.<sup>12)</sup>

Entgegen der Auffassung Pergandes<sup>13)</sup> lassen auch etwaige Parteivereinbarungen über die Bestellung einer Hypothek oder anderer Sicherheiten für den Mieter keinen sicheren Schluß auf die Rechtsnatur des Baukostenzuschusses zu. - Eine derartige Sicherheit dient zwar der Sicherung des von dem Mieter erbrachten Zuschusses. Falsch wäre indessen die Folgerung, eine Mietvorauszahlung könne somit nicht vorliegen, da mit der Zuwendung der Vertrag seitens des Mieters erfüllt wäre, eine erfüllte Schuld aber nicht durch eine Hypothek oder ein anderes Pfandrecht gesichert werden kann. Dem muß entgegengehalten werden, daß durch die Hypothek nicht die Mietzinsschuld, sondern der Rückzahlungsanspruch des Mieters gesichert werden soll, der sich bei einer vorzeitigen Beendigung des Mietverhältnisses für den Mieter unter Umständen ergibt.<sup>14)</sup> Auch wenn ein derartiger Anspruch einer Bedingung unterliegt, ist er durch ein Pfandrecht sicherbar - §§ 1113 II, 1204 II BGB.<sup>15)</sup>

---

12) Vgl. Bettermann, ZMR 52/29 (32)

13) aaO

14) Darauf verweist mit Recht Bettermann, aaO; vgl. auch OLG Celle, NdsRpfl 52/169.

15) Abwegig daher Lippert, S. 6 ff, der die Bestellung einer Hypothek als entscheidendes Abgrenzungskriterium hinstellt.

Gleiches wie bei der Sicherungsabrede gilt für Rückzahlungsklauseln. Auch derartige Vereinbarungen, die das Recht oder die Verpflichtung des Vermieters zur vorzeitigen Rückzahlung des Baukostenzuschusses regeln, sind als Kriterien zur Unterscheidung zwischen Mietvorauszahlung und Darlehen ungeeignet.<sup>16)</sup> Eine derartige Klausel hat auch bei Annahme einer Mietvorauszahlung ihren Sinn. In diesem Fall hätte der Mieter das Recht, den Finanzierungsbeitrag abzuwohnen, solange er nicht vom Vermieter zurückgezahlt ist. Durch eine solche Abrede wäre eine Mietvorauszahlung also lediglich auflösend bedingt.<sup>17)</sup>

Eine in Schrifttum und Rechtsprechung wiederholt vertretene Auffassung<sup>18)</sup> hält die in dem Urteil des BGH vom 6.6.1952<sup>19)</sup> herausgestellten, verschiedenen Verrechnungsmöglichkeiten, wie sie von den Parteien vereinbart werden können, für das entscheidende Merkmal zur Abgrenzung von Darlehen und im voraus entrichtetem Mietzins. Danach soll in dem Fall, daß der Rückzahlungsanspruch des Mieters jeweils bei Fälligkeit einer Mietzinsrate mit dieser verrechnet, d.h. aufgerechnet wird, ein Mieterdarlehen vorliegen. Wird dagegen die selbständige Ersatzforderung des Mieters mit den künftig fällig werdenden Mietzinsraten dergestalt aufgerechnet, daß diese bereits mit Abschluß der Vereinbarung getilgt sind, so soll eine Mietvorauszahlung gegeben sein.

Dabei werden die Verrechnungsklauseln unterschieden in Aufrechnungs- und Aufrechnungsvorverträge.<sup>20)</sup>

---

16) Vgl. OLG Nürnberg, NJW 53/385; LG Wiesbaden, NJW 67/597  
AA. Pergande, NJW 51/737 (738); OLG Bremen, BB 52/182.

17) Vgl. OLG München, NJW 52/307 (309);  
auch Bettermann, aaO

18) So Pergande, NJW 51/737 (738); Pesenacker, S. 25;  
OLG Nürnberg, NJW 53/385.  
Unklar Schopp, ZMR 52/73 (74); Granz JR 60/124 (125).

19) BGHZ 6/202 (204 ff.) - Vgl. auch S.22 f.

20) Diese Unterscheidung trifft - soweit ersichtlich -  
erstmalig das KG in HuW 50/193.

Es wird zutreffend festgestellt, bei dem Aufrechnungsvertrag handle es sich um ein Verfügungsgeschäft, bei dem die Aufhebung der gegenüber stehenden Forderungen durch die übereinstimmende Willenserklärung beider Parteien unmittelbar vollzogen werde. Im Gegensatz zu der im Gesetz geregelten einseitigen Aufrechnung sei bei einer derartigen gegenseitigen Aufrechnungsvereinbarung von dem Erfordernis der Fälligkeit beider Forderungen abzusehen, da insoweit dispositives Recht vorliege.<sup>21)</sup> Dagegen sei der Aufrechnungsvorvertrag lediglich ein Verpflichtungsgeschäft, durch welches das Recht einer Partei festgelegt sei, demnächst beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen durch einseitige Erklärung aufzurechnen.

Mag eine derartige Einteilung der Verrechnungsvereinbarungen auch rechtstheoretisch verlockend sein, so sind die verschiedenen Rechtsformen, in der die vertragliche Aufrechnung vorkommen kann, zur Lösung der entscheidenden Frage: Mietvorauszahlung oder Mieterdarlehen, nicht geeignet.

Aufrechnung ist niemals Erfüllung im Sinne des § 362 BGB, d.h. Erbringen der geschuldeten Leistung.<sup>22)</sup> Sie bedeutet lediglich wechselseitige Tilgung zweier sich gegenüber stehenden Forderungen durch Verrechnung.<sup>23)</sup> Der Schuldner kommt seiner Leistungspflicht dabei durch Aufopferung der eigenen Gegenforderung nach. Aufrechnung ist daher nicht Erfüllung, sondern Erfüllungersatz.<sup>24)</sup> Im Falle eines Aufrechnungsvertrages wird also nicht die an sich geschuldete Leistung erbracht, sondern es ist die Annahme einer bereits erbrachten anderen Leistung an Erfüllung Statt vereinbart - § 364 Abs. I BGB.<sup>25)</sup> Die an sich ge-

---

21) RGRK - Vor § 387 Anm. 20

22) Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, § 69 Vor I; Larenz, Schuldrecht, Allg. Teil, § 27 III vor a; Erman - Westermann - § 362 Anm. 1.

23) Esser, Schuldrecht, § 73; Larenz, aaO.

24) Enneccerus - Lehmann, aaO.

25) Erman - Westermann - § 364 Anm. 1  
Vgl. auch Esser, Schuldrecht, § 72; Enneccerus-Lehmann, aaO, § 69 I vor 1 bezeichnet eine derartige Aufrechnungsabrede als "Erfüllungersatzungsvertrag".

schuldete Leistung kann nicht durch Aufrechnung erbracht werden; denn Erfüllung im Sinne von § 362 BGB und Aufrechnung schließen einander aus.

Entweder es wird ein Betrag als Mietzins gegeben. d.h. als die aus dem Mietvertrag geschuldete Gegenleistung für die Raumüberlassung, dann ist diese erbracht, es ist erfüllt - § 362 BGB; für eine Verrechnung ist in diesem Fall kein Raum. Oder aber der Mieter leistet den Betrag aus einem anderen Grunde und tilgt die in- zwischen entstandene Mietzinsschuld durch Verrechnung mit seiner Forderung - § 387 BGB, bzw. durch Aufrechnungsvertrag - § 364 Abs. I BGB; dann ist die Leistung lediglich Erfüllungersatz, nicht aber Erfüllung. Ist aber nicht erfüllt, dann ist die eigentlich geschuldete Leistung Mietzins nicht erbracht.

Liegt also eine echte Aufrechnungsvereinbarung vor, so ist der Baukostenzuschuß grundsätzlich nicht als Mietzins geleistet.<sup>26)</sup>

Die oben erwähnte Ansicht<sup>27)</sup> führt übrigens zu dem Ergebnis, daß die Rechtsnatur des Baukostenzuschusses, der mit der Miete zu verrechnen ist, allein vom Zeitpunkt der Aufrechnung abhängig ist, einer völlig abwegigen Lösung. Denn wie kann die Rechtsform einer Leistung davon abhängig sein, wann sie mit einer Gegenforderung aufgerechnet wird?! - Geschuldete Leistung und Aufrechnungszeitpunkt sind keine korrelaten Begriffe. -

Es bleibt festzuhalten, daß die Art des von den Parteien gewählten Verrechnungstyps für das Abgrenzungsproblem Darlehen oder Mietvorauszahlung ebenfalls kein entscheidendes Kriterium sein kann.

Damit liegt der Schluß nahe, daß weder eine am Wortlaut orientierte, noch eine logische Auslegung zu einer der wahren Sachlage entsprechenden Abgrenzung führen kann. -

---

26) Falsch daher Mittelstein - MDR 55/584, der eine derartige Abrede als kennzeichnend für eine Mietvorauszahlung ansieht. - AA auch Matthias - MDR 54/649 (650) - ohne weitere Begründung.

27) Vgl. S. 35 Anm. 18

Das vermag nur eine Berücksichtigung des wirtschaftlichen Zwecks, den die Parteien bei Abschluß des Vertrages mit dem Baukostenzuschuß verfolgten. Dessen wirtschaftlicher Zweck ergibt sich aus den äußeren Umständen der rechtsgeschäftlichen Erklärung und der Interessenlage der Vertragspartner.<sup>28)</sup>

Das Hauptinteresse des Mieters geht dahin, möglichst schnell eine Wohnung zu erhalten. Er kann dieses Ziel nur erreichen, wenn er dem Vermieter einen Baukostenbeitrag zur Verfügung stellt. Die Hingabe eines Zuschusses erfolgt regelmäßig zu dem Zweck, den Vermieter zur Herstellung von Wohnraum zu befähigen, den dieser an den Zuwendenden mietweise überlassen soll. - Ausbau und Gebrauchsgewährung der Wohnung zu einem herabgesetzten Mietpreis ist daher die von dem Mieter erwartete Gegenleistung für den anrechenbaren Baukostenzuschuß. Auch der Vermieter ist nur bei Leistung eines Finanzierungsbeitrages bereit, einen Mietvertrag abzuschließen. Zwischen Zuschußhingabe und mietweiser Überlassung der Wohnung besteht also eine Wechselbeziehung, ein unmittelbarer wirtschaftlicher und rechtlicher Zusammenhang.

Bei dieser Interessenlage steht der Baukostenzuschuß ebenso wie der Mietpreis im Gegenseitigkeitsverhältnis zu der Vertragspflicht des Vermieters nach § 535 S. 1 BGB. Erfolgt die Hingabe des Zuschusses daher zum Zweck der Gebrauchsgewährung, so ist er im Zweifel Gegenleistung des Mieters aus dem Mietvertrag, und damit Mietvorauszahlung.<sup>29)</sup>

---

28) Vgl. Flume, Allg. Teil des Bürgerl. Rechts - § 16, 3 c.

29) Vgl. BGH, NJW 52/867, NJW 54/673; NJW 55/301, NJW 59/380, NJW 59/1425, NJW 66/1703; LG Wiesbaden - NJW 67/577; Pergande, BB 52/73; (Matthias, MDR 54/649 (650); Mittelstein, MDR 55/584; Bachmann, ZMR 61/33; Wunner, NJW 66/2285; AA: Roquette, Mietrecht S. 283.

Die Annahme eines Darlehens würde dem dargestellten wirtschaftlichen Zweck nicht gerecht, da die Wechselbeziehung zwischen Zuschußhingabe und Wohnraumgewährung dabei völlig unberücksichtigt bliebe.

Sofern die Parteivereinbarungen nicht ausdrücklich auf ein Darlehen hindeuten, ist der anrechenbare Baukostenzuschuß somit als Mietvorauszahlung zu bewerten. Verrechnungsabreden sind also im Zweifel so auszulegen, daß damit nach dem Parteiwillen keine selbständige Darlehensforderung des Mieters begründet, sondern lediglich eine Mietzinsforderung des Vermieters getilgt werden soll.

#### b) Der verlorene Baukostenzuschuß

Im Gegensatz zum anrechenbaren fehlt beim verlorenen Baukostenbeitrag die vertragliche Vereinbarung zwischen Zuschußgeber und Vermieter darüber, daß die Kapitaleistung mit dem Mietzins zu verrechnen oder in irgendeiner Form zurückzugewähren ist.<sup>1)</sup>

Der verlorene Baukostenzuschuß kann unter die verschiedensten Rechtsformen fallen. Mit Ausnahme des Darlehens kommen für ihn sämtliche, oben näher angeführte rechtlichen Gestaltungstypen in Betracht.<sup>2)</sup>

aa) Bei der rechtlichen Einordnung muß zunächst unterschieden werden, ob der von den Parteien als verloren bezeichnete Zuschuß eine unentgeltliche oder eine entgeltliche Zuwendung ist. Dabei kommt es allein darauf an, ob dem Baukostenzuschuß nach dem Inhalt des Vertrages eine Gegenleistung gegenübersteht oder ob der Empfänger keine derartige Leistung zu erbringen hat.

Von einer unentgeltlichen Zuwendung, einer Schenkung, wird man nur in ganz besonders gelagerten Ausnahmefällen sprechen können, in denen es dem Zuschußgeber in erster

---

1) Vgl. zu der Begriffsbestimmung im einzelnen S. 9 f  
2) Vgl. S.15 ff.

Linie darauf ankommt, dem Bauherrn seinen Beitrag ohne eine entsprechende Gegenleistung zu gewähren. Das wird lediglich dann in Betracht kommen, wenn zwischen den Parteien ein besonders enges verwandschaftliches oder freundschaftliches Band besteht.<sup>3)</sup>

Bei den Finanzierungsbeiträgen, die mit einem Mietvertrag verbunden sind, - dem Regelfall - verfolgt der Zuschußgeber den wirtschaftlichen Zweck, als Gegenleistung und Entgelt den mit seiner Hilfe erstellten Raum mietweise zu erlangen. Auch dem verlorenen Zuschuß steht also dann eine entsprechende Verpflichtung des Vermieters gegenüber, dem Mieter das Mietobjekt zu überlassen.<sup>4)</sup>

bb) Von der jeweiligen Ausgestaltung dieser Gegenleistungspflicht des Vermieters im Einzelfall hängt im wesentlichen die weitere rechtliche Typisierung des verlorenen Zuschusses ab. Diese kann einmal als zusätzliche Leistung des Mieters für die Raumgewährung des Vermieters angesehen werden, - und damit als eine - allerdings verdeckte - Mietzinszahlung. Der Finanzierungsbeitrag kann aber auch als Gegenleistung für die Raumüberlassung, den Abschluß des Mietvertrages, gedacht sein; in diesem Fall ist er eine atypische Sonderleistung.

Die Frage nach der Rechtsnatur des verlorenen Baukostenzuschusses läßt sich daher im Regelfall begrenzen auf die Alternative: Mietvorauszahlung oder vertragliche Sonderleistung.

---

3) Vgl. Roquette, NJW 62/129

4) Diese Wechselbeziehung bleibt unberücksichtigt, wenn man den Baukostenzuschuß als Draufgabe i.S. des § 336 ansieht. - So Wörbelauer, NJW 59/1424 (1426) in einer Anm. zu dem Urt. des BGH v. 12.2.1959. - Der Zuschuß ist regelmäßig jedoch nicht als bloßes Zeichen für den Abschluß des Vertrages, sondern als Gegenleistung für die Raumüberlassung durch den Vermieter gedacht. - Vgl. Erman - Westermann, Anm. zu § 336.

Auch die Stellungnahmen in Literatur und Rechtsprechung behandeln fast ausschließlich nur diese beiden Rechtsfiguren.<sup>5)</sup> - Eine Auffassung betrachtet jeden Baukostenzuschuß als ein zusätzliches Entgelt für die Gewährung des Wohnraums, also als Mietzins.<sup>6)</sup>

Nach der anderen Meinung ist ein derartiger Finanzierungsbeitrag stets Gegenleistung für die Raumüberlassung und damit eine Sonderleistung des Mieters.<sup>7)</sup> - Die Versuche des Schrifttums, die Rechtsnatur des verlorenen Baukostenzuschusses zu bestimmen, erfolgten bisher ausnahmslos zur Lösung der Frage nach der Rückzahlung eines derartigen Finanzierungsbeitrages im Falle einer vorzeitigen Beendigung des Mietverhältnisses, die inzwischen durch das Gesetz über die Rückerstattung verllorener Baukostenzuschüsse vom 21.7.1961 für Wohnungsmietverhältnisse eine Klärung erfahren hat.<sup>8)</sup>

- 
- 5) Eine Ausnahme bildet neben Wörbelauer, aaO lediglich Müller, NJW 58/571 (573), der den verlorenen Baukostenzuschuß als Einlage des Mieters in eine mit dem Vermieter zum Zwecke der Raumbeschaffung gegründete Gesellschaft ansieht. Diese Konstruktion ist wegen der fehlenden Möglichkeit der Einflußnahme des Mieters auf die Herbeiführung des erstrebten wirtschaftlichen Erfolges jedoch abzulehnen. - Vgl. auch S. 18 f.
- 6) So Bettermann - MschG § 3 Anm. 14, 15; derselbe in ZMR 52/29 (32 f.); Mittelstein - MDR 55/584 (585); Roquette - Mietrecht S. 283; OLG Köln, ZMR 60/170.
- 7) So Pergande - NJW 51/737, derselbe in BB 52/72 (73); Mölders - NJW 55/777 f; Schuster - MDR 60/181 (182); Schopp, in ZMR 52/73 (74) spricht von einer Art Abstandszahlung, beschränkt aber später, in ZMR 54/37 (38), diese Auffassung auf die Fälle, in denen der Zuschuß ohne Gegenleistung des Vermieters gegeben wird. Dabei bleibt unklar, ob die übrigen Beiträge überhaupt noch von der Terminologie des vBkz erfaßt werden. Unklar auch von Holt - BB 52/184 und Cartellieri - BB 49/175.
- 8) Daß sich das Problem der Vorausverfügung auch auf den vBkz erstreckt, ist bisher nicht erkannt worden. - So betont Roquette - Mietrecht S. 283 - einerseits den Mietzinscharakter des vBkz, kommt aber dann zu dem Schluß, ein derartiger Zuschuß stehe in keiner Beziehung zu der Frage der Vorausverfügungen über den Mietzins - S. 202 Anm. 67.

Zum Teil sind diese Untersuchungen so einseitig in der angegebenen Zweckrichtung ausgerichtet, daß das Ergebnis notwendigerweise dadurch beeinträchtigt wird und keinen Anspruch auf Allgemeingeltung erheben kann.<sup>9)</sup>

Der Bundesgerichtshof hat sich zu einer eindeutigen Bestimmung des verlorenen Baukostenzuschusses als Mietvorauszahlung oder Sonderleistung bisher nicht veranlaßt gesehen. Seine Entscheidungen<sup>10)</sup> betrafen die oben erwähnte Problematik der Rückgewähr bei vorzeitiger Beendigung des Mietverhältnisses, die sich bei beiden Rechtsformen in gleicher Weise bereicherungsrechtlich lösen ließ.<sup>11)</sup> Dort ist indessen auch angedeutet, daß es bei der Frage der Rechtsnatur entscheidend darauf ankommt, was nach dem Willen der Parteien als Gegenleistung des Vermieters für die Kapitalleistung des Mieters anzusehen ist.

cc) Ein verlorener Baukostenzuschuß muß rechtlich als verdeckte Mietzinszahlung eingeordnet werden, wenn er nach dem Willen der Parteien eine zusätzliche Leistung des Mieters für die Gewährung des Mietraumes darstellt. Eine entsprechende ausdrückliche Erklärung, was als Gegenleistung des Zuschusses anzusehen ist, enthalten die vertraglichen Vereinbarungen in der Regel nicht. Soweit der verlorene Baukostenbeitrag in dem zugehörigen Mietvertrag überhaupt erwähnt wird, findet sich dort im Normalfall nur die Fixierung einer entsprechenden Verpflichtung des Mieters. So heißt es etwa häufig in derartigen Verträgen im Anschluß an die Mietzinsklausel:

"Darüber hinaus verpflichtet sich der Mieter zur Zahlung eines verlorenen Baukostenzuschusses in Höhe von ...".

---

9) Vgl. Mittelstein, MDR 55/584 ff; Mölders, NJW 55/777 ff; Müller, NJW 58/571.

10) Vgl. BGH Urt. v. 3.2.1959 = NJW 59/872 ff und Urt.v. 12.2.1959 = NJW 59/1425 ff -. Diese Urteile sind richtungsweisend für die höchstrichterliche Rechtsprechung geworden.

11) Vgl. zu dieser Problematik, die hier nicht weiter verfolgt werden kann, - Frotz -. Zur Rückzahlung vBkze nach Bereicherungsrecht, in AcP 164, 309 ff; Wunner, NJW 66/2285 ff.

Was nach den Vorstellungen der Parteien die Gegenleistung für die Zuwendung sein soll, muß daher fast stets erst durch Auslegung des Rechtsgeschäfts unter besonderer Berücksichtigung seiner äußeren Umstände ermittelt werden.

Bei der rechtlichen Bewertung der dem verlorenen Zuschuß zugrundeliegenden Vereinbarung ist vor allem die Tatsache zu berücksichtigen, daß der Mieter - wie beim anrechenbaren Zuschuß - in erster Linie daran interessiert ist, den mitfinanzierten Wohnraum mietweise zu erhalten und für eine bestimmte oder unbestimmte Zeit zu benutzen.

Diese Interessenlage rechtfertigt den Schluß, daß auch der verlorene Zuschuß von dem Mieter letztlich nur erbracht wird, um von dem Vermieter als Gegenleistung die Raumgewährung zu erlangen. Rechtsgrund und Zweck der Hingabe eines Baukostenzuschusses ist es grundsätzlich, das Mietobjekt zu fortdauerndem Gebrauch zu erhalten. Der verlorene Baukostenzuschuß steht damit genauso wie der vertraglich festgesetzte Mietzins im Gegenseitigkeitsverhältnis zur Hauptpflicht des Vermieters, wie sie sich aus § 535 S. 1 BGB ergibt. Die Berücksichtigung der Interessenlage und insbesondere des wirtschaftlichen Zweckes einer derartigen Zuwendung muß also in der Regel dazu führen, sie als eine verdeckte Mietzinszahlung anzusehen.

Nur wenn sich anhand des erklärten Parteiwillens feststellen läßt, daß nicht die Raumgewährung durch den Vermieter der Hauptzweck der Zuschußhingabe war, ist dieser vertragliche Sonderleistung. Als für einen Ausnahmefall bedarf es insoweit aber eindeutiger Hinweise in der zugrundeliegenden Vereinbarung der Vertragspartner.

Wird der verlorene Baukostenzuschuß ersichtlich im Zusammenhang mit einem Mietvertrag und ohne ausdrückliche Abrede über Sinn und Zweck der Hingabe gewährt, so ist entsprechend der oben dargestellten Interessenlage die Annahme zwingend, daß er Gegenleistung für die Gewährung

des Wohnraumes und damit als Mietvorauszahlung anzusehen ist.<sup>12)</sup> Daß dabei der entrichtete Mietzins in Wahrheit höher liegt, als der im Mietvertrag ausdrücklich festgelegte, läßt sich vielfach durch miethpreisrechtliche Vorschriften erklären, die es dem Vermieter versagen, eine höhere als die vertraglich festgesetzte Miete zu fordern. Unter Umgehung derartiger Bestimmungen wird dann häufig ein verlorener Finanzierungsbeitrag gefordert, der tatsächlich ein zusätzlicher - allerdings verdeckter - Mietzins ist.

Die hier getroffene Feststellung, daß der verlorene Baukostenzuschuß in der Regel als Mietvorauszahlung anzusehen ist, wird in Schrifttum und Rechtsprechung fast einhellig auf die Fälle eingeschränkt, in denen das Mietverhältnis auf eine bestimmte Zeit eingegangen ist.<sup>13)</sup> -

Diese Tendenz erklärt sich aus der rechtlichen Struktur des Mietzinsbegriffes. Entsprechend dem Dauerschuldcharakter der Leistungspflicht des Vermieters ist jede Gegenleistung des Mieters ebenfalls zeitbezogen.<sup>14)</sup> Jeder Mietzinszahlung entspricht eine bestimmte Zeitspanne der Gebrauchsgewährung. Daraus folgt, daß der verlorene Baukostenzuschuß nur dann Mietzins sein kann, wenn sich feststellen läßt, für welchen Zeitabschnitt der Gewährung des Mietobjektes er erbracht wurde.

Sofern nun die Parteien eine bestimmte Mietzeit oder eine Mindestdauer des Mietverhältnisses vereinbart haben, läßt sich diese Feststellung ohne Schwierigkeiten treffen. -

- 
- 12) Ebenso Bettermann, MSchG § 3 Anm. 14, 15; derselbe ZMR 52/29 (32); Roquette, Mietrecht S. 283; Bachmann ZMR 61/33 (34); Wunner, NJW 66/2285 (2286); Debelius, ZMR 66/291; - OLG Köln, ZMR 60/170 -. AA Cranz, JR 60/124 (125), der den verlorenen Baukostenzuschuß im Zweifel als Sonderleistung qualifiziert.
- 13) Vgl. Schopp, ZMR 54/37 (39); Bachmann, ZMR 61/33 (34); Roquette, NJW 62/129 (132).
- 14) Vgl. Staudinger - Kiefersauer, § 535 Anm. 92; Esser, § 115, 2.

Erfolgt etwa die Hingabe eines verlorenen Baukostenzuschusses in Höhe von 6.000,-- DM bei Vereinbarung einer Mindestmietzeit von 5 Jahren, so ist der Zuschuß für diese Zeit als ein zusätzlicher, verdeckter Mietzins anzusehen. Die vereinbarte Miete erhöht sich also in Wahrheit um jährlich 1.200,-- DM oder 100,-- DM pro Monat.

Auf dem Wohnungsmarkt werden verlorene Baukostenzuschüsse vielfach aber auch ohne Vereinbarung einer festen Mietzeit erbracht; das zugrundeliegende Mietverhältnis ist auf unbestimmte Zeit geschlossen. - Wollte man in diesen Fällen ein Gegenseitigkeitsverhältnis zwischen Wohnraumgewährung und Zuschußleistung von vornherein ausschließen, würde man der tatsächlichen Interessenlage nicht gerecht. Der Mieter bezweckt mit der Kapitaleistung auch hier in erster Linie, dafür den Wohnraum zur fortdauernden Nutzung zu erhalten. Er ist ebenso an einer zeitbezogenen Raumgewährung durch den Vermieter interessiert, wie wenn eine bestimmte Mietdauer zwischen den Parteien ausdrücklich vereinbart wäre. -

Bei der Vorstellung, der verlorene Baukostenzuschuß sei in einem derartigen Fall stets nur als Gegenleistung für den bloßen Abschluß des Mietvertrages gewährt<sup>15)</sup>, bleibt die von dem Mieter verfolgte und von dem Vermieter unschwer erkennbare Zweckbestimmung der Zuwendung unberücksichtigt.

Wenn das vorrangige Interesse des Mieters an einer fortdauernden Raumnutzung nicht in einer entsprechenden Vertragsklausel zum Ausdruck kommt, in der die Dauer des Mietverhältnisses bestimmt ist, so wird das zumeist auf die wirtschaftliche und rechtliche Unerfahrenheit des Mieters zurückzuführen sein. In Zeiten großer Nachfrage nach Wohnraum scheuen Vermieter naturgemäß vor dem Abschluß langfristiger Verträge zurück, um sich die Möglichkeit einer noch günstigeren Vermietung offenzuhalten.

---

15) So die überwiegende Ansicht, vgl. oben Fußnote 7) sowie BGH, BGHZ 29/289 (293).

In der Vergangenheit bestand zudem die Gefahr einer alsbaldigen Kündigung des Mietvertrages für den Mieter infolge der Mieterschutzgesetzgebung praktisch nicht<sup>16)</sup>, was manchen Mieter ebenfalls zum Abschluß auf unbestimmte Zeit bewogen haben mag.

Auch wenn die Dauer des Mietverhältnisses nicht bestimmt ist, wird der Mieter den Finanzierungsbeitrag nur unter der auch für den Vermieter ohne weiteres erkennbaren Voraussetzung aufwenden, um als Gegenleistung den Mietraum für eine a n g e m e s s e n e Zeit nutzen zu können. Eine die Interessenlage berücksichtigende Auslegung eines derartigen Vertrages wird demnach in der Regel zu der Feststellung führen, daß der verlorene Zuschuß auch bei einem Mietverhältnis auf unbestimmte Dauer eine Gegenleistung des Mieters für die Hauptleistung des Vermieters aus § 535 S. 1 BGB darstellt. Als Äquivalent der Gebrauchsgewährung ist der Finanzierungsbeitrag also auch in diesem Fall in der Regel M i e t z i n s.

Während sich diese gegenseitige Bindung aus den Umständen als Vertragsinhalt ergibt, ist bei einem Mietverhältnis auf unbestimmte Zeit die Frage nicht geregelt, auf welche Zeitspanne der verlorene Baukostenzuschuß als zusätzliche Mietzinszahlung bezogen sein soll. Ein derartiger Vertrag ist insoweit also ergänzungsbedürftig.

Wunner<sup>17)</sup> ist der Auffassung, die Dauer des Mietverhältnisses sei bei dieser Sachlage entsprechend § 315 Abs. I BGB durch den Vermieter zu bestimmen. Da der Mieter bei der Leistung des Baukostenzuschusses regelmäßig von der Erwartung ausgeht, die Wohnung für eine angemessene Zeit zur Verfügung zu haben, hierüber aber keine vertragliche Bestimmung treffe, vertraue er sich insoweit dem billigen Ermessen des Vermieters an.

Man wird aber auch sagen können, in der Frage der Dauer des Mietvertrages liegt eine Regelungslücke vor, die durch ergänzende Auslegung zu schließen ist.

---

16) Vgl. § 1 MSchG. - Nach der Neufassung des § 556a BGB ist der Mieter auch heute noch gegen eine sozial nicht gerechtfertigte Kündigung geschützt.

17) NJW 66/2285 (2286); vgl. auch Flume, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, S. 165 u. 169

Unter Berücksichtigung des übrigen Vertragsinhalts, insbesondere des zu ihm gehörigen Zweckes der Zuschußleistung, wird man ebenfalls zu einer Bestimmung der Mietzeit nach billigem Ermessen gelangen - § 157 BGB.

Soweit vergleichbare, übliche Vergütungen feststellbar sind, wird dabei der allgemeine Grundsatz zu berücksichtigen sein, der den §§ 612 II und 632 II BGB zugrunde liegt. Anders als bei der Lösung über § 315 Abs. I BGB steht das Recht der Festsetzung der Dauer des Abwohnzeitraumes jedoch nicht dem Vermieter zu.

Welcher Auffassung man auch zuneigt, für die Bestimmung der Dauer der Abwohnzeit kommt es in jedem Fall entscheidend auf die Höhe der vereinbarten Miete im Verhältnis zu dem Mietzins vergleichbarer Wohnungen sowie auf die Höhe des verlorenen Baukostenzuschusses an.

Abschließend ist somit festzustellen, daß bei sachgerechter Würdigung der Interessenlage der verlorene Baukostenbeitrag im Regelfall auch bei Mietverhältnissen auf unbestimmte Zeit als eine zusätzliche, verdeckte Mietvorauszahlung anzusehen ist.<sup>18)</sup>

Wunner<sup>19)</sup> weist zu Recht daraufhin, daß die diesem Ergebnis zugrundeliegende Auslegung der Wertung entspricht, die der Gesetzgeber neuerdings generell in Art. VI § 1 des II. Wohnungsbaugesetzes<sup>20)</sup> vollzogen hat. Wegen der mit § 557c BGB übereinstimmenden Rechtsfolge bedeutet diese Bestimmung dogmatisch, daß alle verlorenen Baukostenzuschüsse für die Frage der Rückgewähr bei Wohnungsmietverhältnissen als verdeckte Mietzinszahlung aufzufassen sind.

dd) Als vertragliche S o n d e r l e i s t u n g des Mieters ist der verlorene Baukostenzuschuß lediglich in den Ausnahmefällen anzusehen, in denen er nach dem erklärten Parteiwillen nicht als Gegenleistung für die

---

18) Ebenso Wunner, aaO

19) aaO. S. 2287

20) BGBI I 1961/1041 - Vgl. dazu Kiefersauer-Glaser, S. 31 Roquette, NJW 62/133 f.

Raumgewährung, sondern für den bloßen Vertragsschluß dienen soll.<sup>21)</sup> Durch eine derartige Sonderleistung soll das Mietverhältnis erst ermöglicht und herbeigeführt werden. Rechtsgrund der Zuwendung ist dabei nicht der Mietvertrag, sondern ein daneben stehender, selbständiger Zuschußvertrag.

Nur wenn sich ein derartiger eigenständiger Zuschußvertrag feststellen läßt und sich die Gegenleistung für den Finanzierungsbeitrag nach dem eindeutig erklärten Willen der Parteien in der Bereitschaft des Vermieters zum Abschluß eines Mietvertrages erschöpft, kann von einer atypischen Sonderleistung die Rede sein. Sobald sich jedoch Zweifel bei der Auslegung ergeben, muß entsprechend dem wirtschaftlichen Zweck der Zuschußleistung im Regelfall angenommen werden, daß diese als Gegenleistung für die Raumnutzung und damit als verdeckte Mietvorauszahlung erbracht wurde.<sup>22)</sup>

ee) Verschiedentlich ist im Schrifttum der Versuch gemacht worden, die Rechtsnatur des verlorenen Baukostenzuschusses anhand mietpreisrechtlicher Vorschriften zu bestimmen.<sup>23)</sup> - Diese Methode ist jedoch abzulehnen, da der dem jeweiligen Vertragsinhalt zugrundeliegende Parteiwille dabei von vornherein völlig außer acht gelassen wird.

Denn ohne Berücksichtigung der rechtlichen Ausgestaltung eines Mietvertrages bezeichnen derartige Vorschriften<sup>24)</sup> alles, was der Mieter im Zusammenhang mit dem Mietverhältnis an finanziellen Aufwendungen erbringt, als Entgelt für die Raumüberlassung und damit als Mietzins.

---

21) Nach Roquette, NJW 62/129 (131) handelt es sich dabei um eine Abstandszahlung. - Diese Bezeichnung widerspricht jedoch dem allgemeinen Sprachgebrauch. Danach ist Abstand eine Leistung des neuen Mieters an den bisherigen dafür, daß dieser seine Rechte aus dem Mietvertrag aufgibt.

22) Vgl. oben Fußnote 12.

23) Vgl. Bettermann, MSchG § 3 Anm. 15; derselbe in ZMR 52/29 (33); Müller, NJW 58/571 (572).

24) Vgl. § 4 AMVO i.d.F. vom 25.7.1963 (BGBl I 529); §§ 3 ff NMVO i.d.F. vom 12.2.1962 (BGBl I 753).

Das Übergehen der jeweiligen Parteivereinbarung ist nur im Hinblick auf den Zweck dieser Bestimmungen gerechtfertigt, die Mietzinsforderung des Vermieters auf ihre Angemessenheit hin überprüfen zu können. - Verfehlt ist deshalb die Schlussfolgerung Bettermanns,<sup>25)</sup> aus den preisrechtlichen Vorschriften ergebe sich der Mietzinscharakter des verlorenen Zuschusses.

Der gleiche Einwand muß auch für die Gegenansicht gelten, so für den Versuch Müllers,<sup>26)</sup> aus einer Untersuchung dessen, was der Gesetzgeber unter Mietzins versteht, auf den rechtlichen Charakter des Zuschusses zu schließen: In den §§ 18 ff. der Zweiten Berechnungsverordnung vom 17.10.1957<sup>27)</sup> sei erschöpfend aufgezählt, was in die Miete einbezogen werden dürfe. Die Hingabe eines verlorenen Baukostenzuschusses sei bei der einzig in Betracht kommenden Position, den Kapitalkosten, nicht berücksichtigt; ein derartiger Baukostenbeitrag sei daher nicht Mietzins. Müller sieht diese These im übrigen auch durch die Legaldefinition des verlorenen Zuschusses in § 14 der Zweiten Berechnungsverordnung gestützt. Danach sind verlorene Baukostenzuschüsse "Geld-, Sach- und Arbeitsleistungen an den Bauherrn, die zur Deckung der Gesamtkosten dienen und erbracht werden, um den Gebrauch von Wohn- oder Geschäftsraum zu erlangen, ohne daß vereinbart ist, den Wert der Leistung zurückzuerstatten oder mit der Miete oder einem ähnlichen Entgelt zu verrechnen oder als Vorauszahlung hierauf zu behandeln." Damit habe der Gesetzgeber das letzte Wort gesprochen. Sei ein Zuschuß von den Parteien als verloren bezeichnet, so sei er sämtlichen mit Mietrecht angehörenden Vorschriften entzogen, also kein Mietzins.

Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. § 14 der II. BVO enthält keine allgemein gültige Begriffsbestimmung des verlorenen Zuschusses. Diese Vorschrift steht vielmehr in engem Zusammenhang mit § 12 der II. BVO, wo die zur Finanzierung dienenden Mittel aufgeteilt sind in Fremdmittel,

---

25) ZMR 52/29 (33).

26) NJW 58/571 (572 f.)

27) BGBI I 1719.

verlorene Baukostenzuschüsse und Eigenleistungen. Die Definition in § 14 hat daher nur die Bedeutung, daß beim Vorliegen sämtlicher Tatbestandsmerkmale ein verlorener Zuschuß im Sinne des § 12 Abs. I Nr. 2 vorliegt. Sie besagt indessen nichts über seine Rechtsnatur.<sup>28)</sup>

Es kann somit festgehalten werden, daß die Bestimmungen des Mietpreisrechts nicht geeignet sind, zu der Frage der Rechtsnatur des verlorenen Zuschusses eine verbindliche Aussage zu machen. - Es bleibt daher bei der bereits oben getroffenen Feststellung, daß es insoweit allein darauf ankommt, was nach dem Vertragsinhalt als Gegenleistung des Vermieters für die Zuschußleistung des Mieters aufzufassen ist.

---

28) Ebenso BGH, Urt. v. 3.2.1959, NJW 59/872 (873);  
Urt. v. 12.2.1959, BGH 29/289 (292).

### C. Zusammenfassung

Als Ergebnis der bisherigen Untersuchung lassen sich über Begriff und Rechtsnatur der Baukostenzuschüsse demnach folgende Feststellungen treffen:

1) Bei den zur Mitfinanzierung des Bauvorhabens erbrachten Mieterzuwendungen sind anrechenbare und verlorene Baukostenzuschüsse zu unterscheiden.

Der anrechenbare Zuschuß soll nach dem Willen der Parteien mit dem im Mietvertrag vereinbarten Mietzins verrechnet werden.

Beim verlorenen Baukostenbeitrag fehlt eine Vereinbarung zwischen Zuschußgeber und Vermieter darüber, daß der Zuschuß mit dem vertraglich festgesetzten Mietpreis zu verrechnen oder in irgendeiner Form zurückzugewähren ist.

2) Der anrechenbare Zuschuß ist als Mietzins anzusehen, wenn mit ihm nach dem Parteiwillen eine Mietzinsforderung des Vermieters erfüllt werden soll.

Er ist Mieterdarlehen, wenn mit seiner Hingabe ein selbständiger Rückzahlungsanspruch begründet werden sollte. Mit Rücksicht auf die Interessenlage ist der anrechenbare Baukostenbeitrag im Zweifel als Mietvorauszahlung zu bewerten, sofern der Parteiwille nicht ausdrücklich auf ein Darlehen hindeutet.

3) Der verlorene Baukostenzuschuß ist als verdeckte Mietzinszahlung aufzufassen, wenn er nach dem Willen der Parteien eine zusätzliche Leistung des Mieters für die Gewährung des Mietraumes darstellt.

Als Sonderleistung des Mieters ist ein derartiger Zuschuß nur dann anzusehen, wenn er nach den Vorstellungen der Vertragspartner als Gegenleistung für den bloßen Abschluß des Mietvertrages dienen soll.

## II.

Die Wirksamkeit des Baukostenzuschusses gegenüber Dritten, denen ein Zugriffsrecht am Mietobjekt zusteht.

### A. Das Problem der Drittwirkung des Mietverhältnisses

Aus der bisherigen Untersuchung ergab sich, daß der Baukostenzuschuß des Mieters im Normalfall rechtlich als Mietzins einzuordnen ist. Die Frage, ob und in welchem Umfang der Finanzierungsbeitrag Dritten gegenüber wirkt, richtet sich also danach, inwieweit die Zahlung des Mietzinses an den Vermieter Dritten gegenüber wirksam ist. - Voraussetzung einer derartigen Drittwirkung ist, daß die Zahlung des Zuschusses nicht unter das Vorauserhebungsverbot der §§ 573, 574, 1124 II BGB, 57 b ZVG, 21 II KO fällt. -

Bevor dazu im einzelnen Stellung genommen wird, erscheint es zweckmäßig, im folgenden zunächst die Interessenlage zu untersuchen - insbesondere also die Abgrenzung der einander entgegenstehenden Interessen von Mieter, Vermieter und denen, die ein Zugriffsrecht am Mietobjekt besitzen, durch das Gesetz.

#### 1) Die Interessenlage

Die Frage der Wirksamkeit von Verfügungen des Vermieters über auf spätere Mietzeit entfallenden Mietzins folgt aus der besonderen Eigenart des Mietverhältnisses, insbesondere aus der engen Sachbezogenheit, die diesem im übrigen rein obligatorisch geregelten Vertragstypus einige dinglich wirkende Elemente hinzufügt.<sup>1)</sup> Zum Verständnis der Problematik sollen daher die rechtlichen und wirtschaftlichen Besonderheiten des Grundstücksmietvertrages kurz aufgezeigt werden.

---

1) Diese Eigenart bedingt die wiederholt vertretene Auffassung von der dinglichen Natur der Miete.  
Vgl. Staudinger - Kiefersauer, Vorbem. 17a vor § 535;  
Gerber-Cosack, Deutsches Privatrecht, § 208 S. 354.

Der Mietvertrag ist entgeltlicher Überlassungsvertrag; er hat den Charakter eines Dauerschuldverhältnisses. Im Unterschied zu anderen Dauerschuldverhältnissen liegt eine Besonderheit der Überlassungsverträge darin, daß sie sich stets auf einen bestimmten Gegenstand beziehen. So ist der Mietvertrag über Wohn- oder Geschäftsräume zwangsläufig an ein spezielles Grundstück gebunden.

Auch der Mietzins steht daher in engem Zusammenhang mit der Mietsache. Mietzins und vermietetes Grundstück bilden eine wirtschaftliche Einheit.<sup>1a)</sup> Jener ist nicht nur obligatorische Gegenleistung für die Gebrauchsüberlassung eines Wohn- oder Geschäftsgrundstückes bzw. eines Teiles desselben, sondern rechtlich und wirtschaftlich auch sein Ertrag. Er ist die Rendite des in dem Mietgrundstück manifestierten Kapitals.

Der Mietzins verkörpert einen wesentlichen Teil des wirtschaftlichen Wertes des vermieteten Grundstückes, er ist das wirtschaftliche Fundament, auf dem jeglicher Real- kredit aufgebaut ist, aus dem gleichzeitig aber auch die Unkosten des Gebäudes wie öffentliche Lasten, Zins- und Amortisationsraten für Hypotheken und dergleichen mehr beglichen werden.

Aus dieser engen wirtschaftlichen Verknüpfung von vermietetem Grundstück und Mietzins folgt dessen rechtliche Doppelfunktion: Mietzins ist nicht nur schuldrechtliches Entgelt für die Gebrauchsgewährung - § 535 S. 2 BGB -, sondern gleichzeitig auch der Ertrag, den das Mietobjekt "vermöge des Rechtsverhältnisses Miete gewährt" - §§ 99 III BGB.<sup>2)</sup> - Aus der "wirtschaftlichen Einheit" von Mietzins und Grundstück ergibt sich darüberhinaus, daß neben dem Vermieter an dem Entgelt auch diejenigen interessiert sind, denen ein Zugriffsrecht an der Mietsache zusteht.

---

1a) Der Begriff ist untechnisch gemeint, also nicht im Sinne des Steuerrechts, wo der Wert der Wirtschaftsgüter nach "wirtschaftlichen Einheiten" bestimmt wird.

2) Als Vergütung für die Gebrauchsgewährung ist der Mietzins mittelbare Sachfrucht; denn ihn bringt das Mietobjekt vermittels des Mietverhältnisses hervor. - So auch Lehmann, § 53 I d, S. 37 O; RGRK § 99 Anm. 15; RGZ 105/409 ff. - AA Oertmann, § 99 Anm. 4 a.

Im einzelnen sind dies:

1. der neue Eigentümer des Mietgrundstückes auf Grund Veräußerung,
2. der Ersteher des Grundstückes in der Zwangsversteigerung,
3. der Hypothekengläubiger bei Beschlagnahme des Grundstückes,
4. der Gläubiger im Konkurs des Vermieters.

Soweit diese - wie der Erwerber oder Ersteher - Rechtsnachfolger des bisherigen Eigentümers sind, haben sie ein natürliches Interesse daran, neben dem Grundstück auch dessen wirtschaftliche Ertragskraft zu erwerben. Das wirtschaftliche Motiv eines Grundstückserwerbes liegt in der Regel gerade in der Rendite, die das Grundstück abwirft. Insbesondere wer ein vermietbares Gebäude kauft, tut dies häufig im Hinblick auf die zu erwartenden Mieterträge. - Auch Hypotheken- und Konkursgläubiger sind daran interessiert, daß für ihre Forderung nicht nur das Grundstück als solches, sondern auch dessen Erträge möglichst weitgehend haften. -

Zusammenfassend läßt sich sagen, das Interesse dieser "Drittberechtigten"<sup>2a)</sup> geht dahin, aus einem ihnen übertragenen oder ihnen haftenden Grundstück möglichst hohe Erträge zu ziehen.

Wollte man dem voll und ganz nachgeben, so liefe der Mieter im Falle der Übereignung oder Beschlagnahme des Grundstücks Gefahr, daß das Mietverhältnis vorzeitig beendet würde. Da diese Ereignisse für ihn unvorhersehbar sind, wäre die Dauer eines jeden Mietverhältnisses mit einem großen Unsicherheitsfaktor belastet. - So könnte der Mieter einer Wohnung bei Eintritt eines neuen Verfügungsberechtigten plötzlich gezwungen sein, die Räume trotz eines langfristigen Vertrages vorzeitig zu räumen und käme dann zwangsläufig in eine sehr mißliche Situation. Denn wo sollte er umgehend eine andere, für seine Bedürfnisse passende Wohnung finden? - Eine derartige Gefährdung der Interessen des Mieters kann nicht zugelassen werden, wenn der Großteil der Bevölkerung zur Miete wohnt. Eine ganz

2a) Diese Bezeichnung wird im folgenden neben der Bezeichnung "Zugriffsberechtigte" als Sammelbegriff für den neuen Eigentümer eines Mietgrundstückes sowie für den Hypotheken- und Konkursgläubiger des Vermieters verwandt.

andere Normsituation bestand während der Geltung des Römischen und teilweise auch noch des Gemeinen Rechts. Das Römische Recht hielt an dem rein persönlichen Charakter des Mietverhältnisses fest.<sup>2b)</sup> Der Erwerber war infolgedessen nicht verpflichtet, dem Mieter weiterhin den Gebrauch zu gewähren. - Aus dem Dauercharakter des Benutzungsrechts ergibt sich indessen heute ein schutzwürdiges Interesse des Mieters daran, daß er sich im Vertrauen auf die vertraglich vereinbarte Mietzeit langfristig einrichten kann und insoweit von Verfügungen über das Mietobjekt unberührt bleibt.

Diesem Schutzbedürfnis des Mieters gegen eine vorzeitige Beendigung des Mietverhältnisses steht das Interesse der Drittberechtigten gegenüber, die Rentabilität des Grundstücks zu bewahren und in den Genuß der Mietzinsen als wirtschaftlichen Ertrag des Mietobjektes zu gelangen.

## 2) Die Lösung des Interessenkonflikts im Gesetz

Der Gesetzgeber hält diese zum Teil gegensätzlichen Interessen grundsätzlich in gleicher Weise für schutzwürdig. Seine Regelung versucht daher, zwischen dem Kontinuitätsbedürfnis des Mieters und dem Interesse der Zugriffsberechtigten einen gerechten Ausgleich zu schaffen. Die grundlegende Entscheidung des Gesetzgebers ergibt sich aus der Regelung, die im Falle der rechtsgeschäftlichen Veräußerung des Mietobjektes die schutzwürdigen Belange des Mieters gegen die des neuen Eigentümers abgrenzt. Ihr sind die Bestimmungen in den übrigen Fällen der Interessenkollision nachgebildet.

### a) Die Rechtsstellung des Erwerbers nach § 571 BGB.

Dem Interesse des Mieters an einer vertragsgemäßen Fortdauer des Mietverhältnisses auch im Falle einer Veräußerung des Mietobjektes hat der Gesetzgeber Rechnung getragen,

2b) Vgl. Windscheid-Kipp, 2. Bd. § 400 Nr. 7

indem er den deutschrechtlichen Grundsatz "Kauf bricht nicht Miete" in das BGB übernahm - § 571 BGB<sup>3)</sup>). Danach ist der Bestand des Mietverhältnisses vom Wechsel der Grundstückseigentümer grundsätzlich unabhängig.

In bewußter Durchbrechung der Systematik des Gesetzes, die das Mietverhältnis als obligatorisch auffaßt, tritt nach § 571 I BGB bei Veräußerung des Mietobjektes der Erwerber anstelle des bisherigen Eigentümers "in die sich während der Dauer seines Eigentums aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten ein". Kraft gesetzlicher Sonderbestimmung geht mit dem Eigentumserwerb das bestehende Mietverhältnis mit Aktiva und Passiva auf den Käufer als den neuen Eigentümer über. - Diese Regelung enthält daher eine Drittwirkung des im übrigen rein obligatorischen Mietvertrages.

Der Übergang der Rechte und Pflichten aus dem Vertragsverhältnis erfolgt nicht im Wege einer Einzel- oder Gesamtrechtsnachfolge<sup>4)</sup>, sondern allein aufgrund des Eigentumsübergangs, also aufgrund der selbständigen Rechtsstellung des Erwerbers.<sup>5)</sup> Es handelt sich bei dieser Ausnahmeregelung um eine Anomalie, die sich nicht unter die bekannten Konstruktionen für den Übergang eines Schuldverhältnisses einordnen läßt.<sup>6)</sup> Die Vermieterstellung des Erwerbers folgt allein aus der Veränderung der dinglichen Rechtslage, dem Eigentumswechsel.

---

3) Genauer: Übereignung bricht nicht Miete. -

Vgl. Löning, S. 160 f.

Dieser Grundsatz ist allerdings erst im 2. Entwurf enthalten. - Vgl. Protokolle II, S. 139

4) So Endemann, § 169 Nr. 29 -, Heck, Grundriß des Schuldrechts, § 100, 3, 5 spricht unklar von Vertragssukzession.

5) Vgl. Soudinger - Kiefersauer, § 571, Anm. 38; Löning, S. 161; Planck, § 571, 5 e; Roquette, Mietrecht, S. 154; BGH, NJW 62/1390. Oertmann, § 571 Anm. 3 b versucht den Übergang der Rechte und Pflichten des Vermieters mit dem Begriff der Zustandsobligation zu erklären.

6) Vgl. Protokolle II S. 139

Aus diesem Grunde betrifft das in § 571 I BGB enthaltene Tatbestandsmerkmal "Veräußerung" nicht das obligatorische Grundgeschäft, den Kaufvertrag, sondern bezieht sich auf den rechtswirksamen Eigentumserwerb des Käufers.<sup>7)</sup> Dieser Rechtsübergang ist das für den Eintritt in die Vermieterrechte und -pflichten maßgebende Kriterium. Diese Rechtsfolge ergibt sich nach § 571 I BGB jedoch nur dann, wenn der Mietraum dem Mieter bereits vor der Veräußerung überlassen, d.h. ihm der Besitz oder Mitbesitz eingeräumt war.<sup>8)</sup> Die Innehabung des Besitzes erzeugt für den Mieter gleichsam einen Rechtsschein, der geeignet ist, jeden Kaufinteressenten auf das Bestehen eines Mietverhältnisses hinzuweisen. - Ist der Mieter noch nicht eingezogen, dann treten die Rechtsfolgen des § 571 BGB nur dann ein, wenn der Erwerber dem veräußernden Vermieter gegenüber die Erfüllung der sich aus dem Mietverhältnis ergebenden Verpflichtungen vertraglich übernommen hat - § 578 BGB.

Nach der Regelung des § 571 BGB gelten zugunsten des Mieters die Vereinbarungen des Mietvertrages auch gegenüber dem neuen Eigentümer. Andererseits fordert das Interesse des Erwerbers, daß er in den Genuß seines Eigentums gelangt und für die ihm auferlegten Vermieterpflichten auch die vertraglich vereinbarte Gegenleistung erhält. Diese schutzwürdigen Belange sind nach § 571 I BGB jedoch nicht gewährleistet. Die dort bestimmte Maßgeblichkeit des früheren Mietvertrages gefährdet die Interessen des Käufers in dem Fall, wo über die Gegenleistung des Mieters für die Zeit der Gebrauchsgewährung des neuen Eigentümers bereits durch den bisherigen anderweitig verfügt wurde.

Ließe man bei einer derartigen Sachlage die Vermieterposition entsprechend § 571 I auf den Erwerber übergehen, so wäre dieser mit allen Pflichten des § 535 S. 1 BGB belastet, ohne das Recht auf die entsprechende Gegenleistung zu erhalten.

---

7) Vgl. Staudinger - Kiefersauer, § 571 Anm. 11; Planck - § 571 Anm. 1 b; Oertmann - § 571, 2.

8) Vgl. Staudinger - Kiefersauer § 571 Anm. 17, Mittelstein - Mietrecht S. 652 f. - Nach § 1 Abs. 4 MSchG bedarf es der Überlassung nicht; es genügt bei den unter dieses Gesetz fallenden Mietverhältnissen der Abschluß des Mietvertrages.

Die im Grundsatz in § 571 I BGB ausgesprochene Wirksamkeit des ursprünglichen Mietvertrages gegenüber dem Erwerber des Mietobjektes ist darum hinsichtlich der Vorausverfügungen des früheren Vermieters über den Mietzins in den §§ 573, 574 BGB durchbrochen. Danach sind Verfügungen des Vermieters über den Mietzins für eine längere Zeit als den zur Zeit des Eigentumsüberganges laufenden Kalendermonat bzw. den folgenden Monat dem Erwerber gegenüber unwirksam - § 135 BGB.<sup>9)</sup>

Diese Zeitbestimmung wurde aufgenommen, um das Interesse des ursprünglichen Vermieters an einer vorzeitigen Kapitalisierung der Raumnutzung nicht völlig unberücksichtigt zu lassen.

Der in diesem Zusammenhang allgemein verwandte Begriff "Vorausverfügung" bedarf einer Klarstellung. Gemeint sind damit alle Rechtsgeschäfte des ursprünglichen Vermieters über den Mietzins, der das Entgelt für die Raumnutzung in einer Zeit darstellt, in der bereits der Erwerber Eigentümer des Mietobjektes geworden ist. Soweit es sich dabei um Rechtsgeschäfte zwischen Vermieter und Mieter handelt - § 574 BGB -, bedeutet dieser Begriff soviel wie "Voraushebung", d.h. Einziehung von Mietzins, der sich auf eine erst nachfolgende Gebrauchsgewährung bezieht.

---

9) Der zeitliche Schutz ist mehrfach abgeändert, d.h. eingeschränkt worden: Ursprünglich bezog sich die Unwirksamkeit der Verfügung auf den Mietzins, der für die Zeit zu erbringen war, die auf das laufende sowie das folgende Vierteljahr bezogen auf das die Rechtsfolge auslösende Ereignis folgte. Auf Drängen der Hypothekengläubiger wurde durch Gesetz vom 8.6.1915 der Schutz dahingehend erweitert, daß schon Verfügungen, die eine spätere Zeit als das laufende Vierteljahr betrafen, unwirksam waren, es sei denn, daß das den Übergang der Forderung bewirkende Ereignis in den letzten halben Monat des laufenden Kalendervierteljahres fiel. In diesem Fall trat die Unwirksamkeit erst nach Ablauf des folgenden Vierteljahres ein. Eine weitere Verkürzung der Fristen der Wirksamkeit brachten die NotVO vom 6.12.1931, 3. Teil, Abschn. V § 12 (RGBl I S. 711) und § 12 VO v. 26.5.1933 (RGBl I S. 699). Die heutige Fassung der Bestimmungen beruht auf dem Gesetz zur Wiederherstellung der Gesetzeseinheit auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts v. 5.3.1953 (BGBl I S. 33). Die gesamte Grundstücksverwaltung ist heute auf den Zeitraum des Kalendermonats bezogen. Dem hat das Gesetz Rechnung getragen, so daß es nunmehr auf den Kalendermonat, nicht mehr auf das Kalendervierteljahr abstellt.  
Vgl. Staudinger - Kiefersauer § 573 Anm. 1 - 5.

"Verfügt" wird dabei über eine bereits existente Forderung des Vermieters. "Vorausverfügung" bedeutet hier also nicht: Verfügung über eine erst künftighen entstehende Forderung - wie beispielsweise Abtretung eines künftighen Anspruches aus einem bereits bestehenden Schuldverhältnis.<sup>10)</sup> Der Begriffs-Bestandteil "voraus" ist insoweit mißverständlich. Er bezieht sich in den Fällen der §§ 573, 574, 1124 II BGB, 21 II KO nicht auf die zugrundeliegende Mietforderung, sondern allein auf den Mietzins. Dieser wird "im voraus" eingezogen, d.h. bevor der Mieter die entsprechende Raumnutzung erhält.

Soweit derartige Vorausverfügungen und Rechtsgeschäfte zwischen Vermieter und Mieter in Frage stehen, sind diese über den laufenden Kalendermonat hinaus grundsätzlich unwirksam, wenn damit dem Erwerber das vertragliche Äquivalent für die Übernahme der Vermieterpflichten entzogen wird - §§ 573, 574 BGB. Die Unwirksamkeit wird nur durch die Kenntnis des Erwerbers von der Vorausverfügung ausgeschlossen - § 573 Satz 2 BGB. Eine Einschränkung erfährt dieser Satz durch § 574 BGB insoweit, als bei Rechtsgeschäften über den Mietzins zwischen Vermieter und Mieter zu Gunsten des Letzteren im Gegensatz zu § 573 nicht der Zeitpunkt des Eigentumsübergangs, sondern der der Kenntnis vom Eigentümerwechsel maßgebend ist.

Unter das gesetzliche Verfügungsverbot fällt insbesondere auch die in § 574 BGB ausdrücklich hervorgehobene Entrichtung der Miete.<sup>11)</sup> - Durch diese Regelung scheint die Wirksamkeit des als Mietzins geleisteten Baukostenzuschusses gegenüber einem neuen Eigentümer des Mietobjektes in Frage gestellt. Denn ein derartiger Zuschuß ist rechtlich Vorauszahlung von Mietzins, der auf eine zukünftige Mietzeit entfällt.

Die Beantwortung der Frage, ob die aus § 571 BGB folgende Drittwirkung des Baukostenbeitrages durch die §§ 573, 574 BGB eingeschränkt ist, wird entscheidend davon abhängen, welchen Zweck Mieter und Vermieter mit dieser Zuwendung

---

10) Vgl. die entsprechende Definition des BGH in NJW 55/544.

11) Vgl. Staudinger - Kiefersauer § 573 Anm. 18;  
Planck § 573 Anm. 2; Oertmann § 573 Anm. 2;  
Wachtel S. 61

verbinden. Ist der Finanzierungsbeitrag nach dem Parteiwillen ausschließlich als Gegenleistung für die Mietraumgewährung bestimmt, dann erscheint die Anwendung der §§ 573, 574 BGB zwingend. Etwas anderes kann sich jedoch ergeben, wenn die Vertragspartner mit der Zuschußleistung einen darüber hinausgehenden Zweck verfolgen.

b) Die rechtliche Stellung des Erstehers in der Zwangsversteigerung.

Die Rechtsstellung des Erstehers des Grundstückes in der Zwangsversteigerung ist der des rechtsgeschäftlichen Erwerbers stark angenähert. Das ergibt sich schon aus der generellen Verweisung auf die §§ 571 ff. BGB, wie sie in § 57 ZVG normiert ist. Diese Vorschriften finden Anwendung mit der Maßgabe, daß anstelle des Eigentumsüberganges der Tag der Beschlagnahme und an die Stelle der Kenntnis des Mieters die Zustellung des Beschlagnahmebeschlusses an ihn tritt - § 57 b Satz 1 und 2 ZVG. Der Ersteher ist dem Erwerber gegenüber insoweit besser gestellt, als ihm das Gesetz - § 57 a ZVG - ein außerordentliches Kündigungsrecht gewährt. - Dieses Kündigungsrecht ist indessen für die Mieter, die eine Vorauszahlung zur Schaffung oder Instandsetzung von Wohnraum geleistet haben, durch den nachträglich eingeführten § 57 c ZVG ausdrücklich ausgeschlossen.<sup>12)</sup> Wer einen Baukostenzuschuß gegeben hat, genießt insoweit also Kündigungsschutz.

Auch bei der Zwangsverwaltung ist wie im Falle der Zwangsversteigerung die Beschlagnahme des Grundstückes das maßgebende Ereignis, §§ 146, 148 ZVG. Der für die Verfügung relevante Zeitpunkt ist der Beginn der Wirksamkeit der Beschlagnahme. Für den Mieter tritt die Wirksamkeit mit Kenntnis der Zwangsverwaltungsanordnung oder der Zustellung des Zahlungsverbots ein - §§ 151, 57 b ZVG. -

---

12) § 57 c ZVG wurde eingefügt durch das Gesetz über Maßnahmen auf dem Gebiet der Zwangsvollstreckung vom 20.8.1953.

Ist der die Zwangsverwaltung betreibende Gläubiger ein Hypothekengläubiger, was die Regel ist, so entscheidet sich die Wirksamkeit der Vorausverfügungen nach § 1124 BGB.<sup>13)</sup>

c) Hypothekengläubiger und Mietvoraushebung

Nach § 1123 Abs. I BGB haftet für eine Hypothek oder Grundschuld neben dem Grundstück auch die Mietzinsforderung. Diese Haftung beginnt entsprechend der Haftung der natürlichen Früchte mit dem Augenblick der Eintragung der Hypothek, bzw. mit dem Beginn eines Mietverhältnisses, falls dieses später als die Hypothekenbestellung eingegangen wird.

Geht demnach die gesetzliche Regelung davon aus, daß die Miet- und Pachtzinsforderungen als Nutzungen des Grundstückes der Hypothek in gleicher Weise wie dessen Erzeugnisse und sonstige Bestandteile verhaftet sind, so mußte hier ebenso eine Begrenzung der Haftung erfolgen, wie sie dort für den Fall der Entfernung vom Grundstück und Veräußerung bestimmt ist, - §§ 1120, 1121 BGB. Deshalb begrenzt § 1123 Abs. II Satz 1 die Haftung der Zinsforderung auf ein Jahr nach Fälligkeit. Sie endet zu diesem Zeitpunkt, wenn der Gläubiger nicht vorher die Beschlagnahme des Grundstückes erwirkt hat. - § 1123 Abs. II Satz 1.

Eine wesentliche Einschränkung erfährt dieser Grundsatz, wenn der Mietzins im voraus entrichtet ist; nach § 1123 Abs. II Satz 2 BGB erstreckt sich die Befreiung von der Haftung nicht auf den Zins für eine spätere Zeit als den zur Zeit der Beschlagnahme laufenden Kalendermonat. Diese Bestimmung dient eindeutig dem Schutz der Interessen des Hypothekengläubigers, indem sie diesem den Mietzins von einem gewissen Zeitpunkt nach der Beschlagnahme an garantiert.

---

13) Vgl. RG - Urt. vom 27.4.1933 in JW 33/1658

Praktisch bedeutsamer als die Frage der Haftung von Mietzinsrückständen ist die Regelung des § 1124, die die Wirksamkeit der Verfügungen des Eigentümers über den Zinsanspruch dem Gläubiger gegenüber betrifft. Nach § 1124 Abs. I sind derartige Verfügungen, insbesondere die Einziehung des Mietzinses und die Abtretung der Zinsansprüche an Dritte dem Hypothekar gegenüber wirksam. Denn nur auf diese Weise ist die zur Bewirtschaftung des Grundstückes und zur Zahlung der Zins- und Tilgungslasten erforderliche Handlungsfreiheit des Eigentümers gewährleistet.<sup>14)</sup>

Diese Regel wird jedoch zu Gunsten des Hypothekars in § 1124 Abs. II entscheidend durchbrochen. Wird das Grundstück beschlagnahmt, so ist die Verfügung nur im Hinblick auf den laufenden Kalendermonat wirksam, bei Beschlagnahme nach dem 15. eines Monats auch noch für den folgenden. Aus dieser Bestimmung läßt sich der gesetzgeberische Wille entnehmen, daß der Hypothekengläubiger nach der Beschlagnahme durch Vorausverfügungen des Vermieters nicht wesentlich in seinem Interesse an einer Befriedigung aus dem Grundstück beeinträchtigt sein soll.<sup>15)</sup>

Die Befriedigung aus den Mietzinsansprüchen kann auf zweierlei Art erfolgen. Der Hypothekar kann als einschneidendere Maßnahme die Zwangsverwaltung des Grundstückes betreiben; in diesem Fall erfolgt die Beschlagnahme mit Anordnung der Zwangsverwaltung - § 148 Abs. I Satz 1 ZVG. Daneben steht ihm der Weg offen, die Mietzinsforderung auf Grund seines dinglichen Titels nach §§ 829, 835 ZPO pfänden und sich überweisen zu lassen.

#### d) Vorausverfügungen im Vermieter-Konkurs

Im Falle des Konkurses des Vermieters und Grundstückseigentümers sind Vorausverfügungen des Gemeinschuldners über den Mietzins auch nur mit der Beschränkung auf den zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens laufenden bzw. den folgenden Kalendermonat wirksam.

---

14) Vgl. Westermann - § 99 I 2

15) Vgl. Baur - § 39 V 3

§ 21 Abs. 2 KO enthält insoweit die gleiche Regelung wie § 1124 Abs. II BGB. Veräußert der Konkursverwalter ein zur Konkursmasse gehöriges Grundstück freihändig, dann treten gemäß § 21 Abs. 4 KO für das Mietverhältnis die gleichen Wirkungen ein wie im Falle der Zwangsversteigerung. Vorausverfügungen sind also in dem gleichen Umfange wie sonst bei der rechtsgeschäftlichen Veräußerung dem Erwerber gegenüber wirksam;<sup>16)</sup> dessen Kenntnis läßt indessen die Verfügungen nicht wirksam werden. Denn § 573 Satz 2 BGB ist durch § 57 ZVG in diesem Fall ausdrücklich ausgeschlossen.

### 3) Die Bedeutung der gesetzlichen Regelung

Zusammenfassend lassen sich folgende Feststellungen treffen: Die zu Gunsten des Mieters getroffene Regelung, die Geltung des Mietverhältnisses auf die Rechtsnachfolger des bisherigen Eigentümers und die Zugriffsberechtigten auszuweiten, machte es für den Gesetzgeber erforderlich, dafür diesem Personenkreis einen Ausgleich zu gewähren. Verpflichtet das Gesetz die Drittberechtigten in den §§ 571 I BGB, 57 ZVG, 21 I KO zur Übernahme der Vermieterpflichten, so garantiert es ihnen dafür das Entgelt für die Gebrauchsge-  
währung als entsprechende vertragliche Gegenleistung, indem es in den §§ 573, 574 BGB, 57 b ZVG, 21 II KO zu ihrem Nachteil erfolgte Vorauserhebungen des Mietzinses für unwirksam erklärt.

Diese Lösung der Interessenkonflikte zwischen Mieter und Drittberechtigten stellt somit einen Kompromiß dar. Zu Gunsten des Mieters bleiben dessen vertragliche Rechte aufrechterhalten; als Ausgleich erhalten Grundstückserwerber und Zugriffsberechtigte den auf die Zeit ihrer Verpflichtung aus dem Mietvertrag entfallenden Mietzins. Es wird ihnen dabei als Gegenleistung für die Übernahme der Vermieterpflichten ein entsprechender Anteil am Grundstücksertrag, dem Entgelt für die Raumnutzung, zugestanden.

---

16) Dieselbe Rechtslage ergibt sich ferner bei Beendigung des Nießbrauchs und der Vorerbschaft - §§ 1056, 2135 BGB, sowie bei Veräußerung eines Dauerwohnrechts - § 37 WEG.  
- Vgl. dazu Roquette, Mietrecht, S. 197.

Es läßt sich daher sagen, mit der Regelung der Vorausverfügungen über den Mietzins in den §§ 573, 574, 1124 II BGB, 57 b ZVG, 21 II KO ist stets derselbe wirtschaftliche Zweck verbunden:

der Ertrag des Mietgrundstücks soll Erwerber und Ersteher, Hypotheken- und Konkursgläubiger für die Zeit ihrer Berechtigung sicher sein.<sup>17)</sup> -

So erforderlich die gesetzliche Regelung der Verfügungen über das Mietentgelt im Interesse der Drittberechtigten auch sein mag, für den Mieter stellt sie eine Gefahr dar. - Sobald dieser - aus welchem Grunde auch immer - den Mietzins für einen größeren Zeitraum im voraus entrichtet, muß er bei zwischenzeitlichem Eigentümerwechsel oder Beschlagnahme des Mietobjektes damit rechnen, dem jeweiligen Berechtigten gegenüber noch einmal das entsprechende Nutzungsentgelt zahlen zu müssen. - Er kann insoweit zwar gegen den bisherigen Vermieter einen Schadensersatzanspruch geltend machen; dessen Durchsetzbarkeit wird aber regelmäßig - insbesondere in den Verstrickungsfällen - in Frage gestellt sein, da seine Forderung an schlechtester Stelle postiert ist.

Der Gesetzgeber hat die Gefährdung der Interessen des Mieters, die sich aus den gesetzlichen Verfügungsbeschränkungen ergibt, wohl erkannt. Mit dem Hinweis, daß der Durchschnittsmieter schwerlich auf längere Zeit Vorauszahlungen leiste, überhaupt Vorausverfügungen über größere Zeiträume praktisch kaum vorkämen, hat er aber den Schutz der Interessen der dinglich Berechtigten für vordringlicher gehalten.<sup>18)</sup>

---

17) Vgl. zu diesem gemeinsamen Prinzip der genannten Vorschriften RG, Urt. v. 27.4.1933, JW 33/1658

18) Vgl. Protokolle II S. 146

B. Liegt in der Zahlung des Baukostenbeitrages eine Vorausverfügung über den Mietzins?

1. Die veränderte Normsituation

Die Annahme des Gesetzgebers, Vorauszahlungen des Mietentgeltes für eine längere Zeit seien in der Praxis ungewöhnlich, wird auf die tatsächlichen Verhältnisse auf dem Wohnungsmarkt zur Zeit der Beratung des bürgerlichen Gesetzbuches zutreffen.<sup>1)</sup> Denn bei einem in Angebot und Nachfrage ausgeglichenen Markt wird sich ein Mieter zu größeren Vorleistungen nur im Ausnahmefall bereiterklären.

Bedingt durch die Erschütterungen zweier Weltkriege, durch die Zerstörungen von 40 % des gesamten Wohnraumes und den Zustrom von 10 Millionen Flüchtlingen aus den deutschen Ostgebieten trat in der Folgezeit jedoch eine derartige Verknappung an Wohnungen ein, daß ein freier Wohnungsmarkt nicht mehr funktionieren konnte.

So führten bereits nach dem 1. Weltkriege Geldknappheit und Spekulation zu einer Häufung der Fälle, in denen der Mieter zu umfangreichen Vorauszahlungen gezwungen war, wenn er eine Wohnung erhalten wollte.

Nach 1945 waren es das allgemeine Unvermögen der Grundstückseigentümer, die zum Wiederaufbau ihrer Miethäuser erforderlichen Mittel aufzubringen, sowie die katastrophale Wohnungsnot, die Mietvorauszahlungen nahezu üblich werden ließen.<sup>2)</sup>

Diese Umstände brachten das Phänomen des Baukostenzuschusses mit sich. Seine große wirtschaftliche Bedeutung liegt darin, daß er dazu dient, neben den hypothekarisch gesicherten Baukrediten der Sparkassen und Hypothekenbanken sowie den Darlehen der Bausparkassen die noch ungedeckte Baukostenspitze aufzubringen.

- 
- 1) Entscheidungen, die die Problematik der Vorausverfügung betreffen, ergingen - soweit ersichtlich - erst nach 1918.
  - 2) Vorauszahlungen, die nicht dem Aufbau dienten, waren durch die Vorschriften des Mietpreisrechts allerdings zunächst weitgehend untersagt. - Vgl. § 2 PreisstoppVO v. 26.11.1936, § 2 PreisG v. 10.4.1948 (WiGBI S. 27), RdErl der VWG PR 5/49 v. 7.4.1949 (MittBl 49 II, 444)

Im Vergleich mit der Zeit der Kodifizierung des bürgerlichen Gesetzbuches ist insoweit also eine grundlegende Änderung der Verhältnisse, ein Wandel der Normsituation,<sup>3)</sup> eingetreten. - Zwangsläufig führt eine Veränderung der zeitlichen Umstände zu einer neuen Interessenlage. Angesichts der Häufigkeit von als Baukostenbeitrag erbrachten Mietvorauszahlungen kann ein Interesse des Mieters daran, für seine umfangreiche Vorleistung auch in jedem Fall die entsprechende Gegenleistung zu erhalten, nicht mehr unberücksichtigt bleiben, sondern muß als schutzwürdig anerkannt werden. Dabei fällt als besonders wesentlicher Umstand ins Gewicht, daß der Mieter durch die Leistung des Baukostenbeitrages zur Errichtung des Mietobjektes beigetragen und sie vielfach überhaupt erst ermöglicht hat. - Es erscheint daher allgemein als unbillig, den Mieter, der im Rahmen des Mietverhältnisses einen Baukostenzuschuß erbracht hat, der Gefahr auszusetzen, die entsprechende Summe ganz oder teilweise etwaigen Drittberechtigten nochmals zahlen zu müssen.<sup>4)</sup>

Ob für den Mieter bei der bestehenden gesetzlichen Regelung diese Gefahr besteht oder ob der Baukostenbeitrag insoweit Drittwirkung entfaltet, soll nun im folgenden ermittelt werden. Dabei wird von dem Normalfall ausgegangen, daß der Mieter den Finanzierungsbeitrag in der Rechtsform der Mietvorauszahlung geleistet hat; der Ausnahmefall des Mieterdarlehens soll erst anschließend betrachtet werden.

---

3) Vgl. Larenz - Methodenlehre S. 262

4) Dieser Tenor ist u.a. auch der Rechtspr. des BGH zu entnehmen. - Vgl. Urt. v. 6.6.1952 - BGHZ 6/202 ff  
26.11.1954 = BGHZ 15/296 ff, 25.11.1958 = MDR 59/207 ff.  
30.11.1966 - NJW 67/555 ff.

2) Der Baukostenzuschuß und der Erwerber des Mietobjektes

Entsprechend ihrer gesetzlichen und praktischen Vorrangstellung soll die Frage der Wirksamkeit des Baukostenbeitrages zunächst im Fall des rechtsgeschäftlichen Erwerbers untersucht werden.

Dabei ist auszugehen von der Rechtsnachfolgeregelung des § 571 I BGB und zunächst zu prüfen, ob der neue Eigentümer aufgrund dieser Bestimmung ein Recht auf den auf die Zeit seiner Berechtigung entfallenden, vollen Mietzins hat oder ob er die von dem Mieter bereits erbrachte Vorleistung gegen sich gelten lassen muß. In diesem Zusammenhang wird zu berücksichtigen sein, daß der als Mietvorauszahlung geleistete Baukostenzuschuß aufgrund einer mietvertraglichen Vereinbarung erbracht wurde, daß die Vorauszahlung also nach dem Inhalt des Vertrages vorgesehen war. - Erst anschließend stellt sich die Frage nach dem Verhältnis der §§ 573, 574 BGB zu der Grundnorm des § 571 I BGB.

a) Der Baukostenbeitrag - eine vertraglich vereinbarte Mietvorauszahlung.

Im Falle der Veräußerung des Mietobjektes tritt der Erwerber anstelle des bisherigen Vermieters "in die sich während der Dauer seines Eigentumes aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Verpflichtungen ein" - § 571 I BGB.

Bei dieser Regelung ist es zweifelhaft, ob der Erwerber den Mietzinsanspruch insoweit erhalten soll, als er die Gegenleistung für die Gebrauchsgewährung vom Wechsel des Eigentümers an darstellt,<sup>1)</sup> oder nur insoweit, als nach dem Vertrag noch ein fälliger Anspruch für die Zeit nach dem Erwerb besteht.<sup>2)</sup>

---

1) So Kohler, S. 328; OLG Bremen, DRpfl 55/69 (71)

2) So die h.M.: Staudinger - Kiefersauer § 571 Anm. 22; Mittelstein, Mietrecht S. 682; Oertmann, S. 838 f.; Roquette, Mietrecht S. 197 ff; RGZ 94/279 (281).

Schon der Wortlaut des § 571 I BGB spricht für die zweite Möglichkeit. Ein "während der Dauer des Eigentums sich aus dem Mietverhältnis ergebendes Recht" wird man am ehesten mit der Fassung "Während dieser Zeit entstehendes Recht" deuten müssen. Das sich "aus dem Mietverhältnis ergebende Recht auf den Mietzins" ist demnach der während der Dauer des Eigentums entstehende Mietzinsanspruch; das heißt, der Erwerber hat nach § 571 I lediglich ein Recht auf den in dieser Zeit fälligen Mietzins.

Dieses Ergebnis wird bestätigt, wenn man mit der heute herrschenden Meinung in der Regelung des § 571 I BGB rechtsdogmatisch einen Übergang des gesamten Mietverhältnisses auf den neuen Eigentümer sieht.<sup>3)</sup> Wird das gesamte Schuldverhältnis von dem Erwerber anstelle des bisherigen Vermieters übernommen, so kann das nur bedeuten: der neue Eigentümer ist dem Mieter gegenüber in gleicher Weise berechtigt und verpflichtet wie der ursprüngliche; alle Klauseln des Mietvertrages behalten auch nach dem Eigentümerwechsel - nunmehr zwischen Mieter und Erwerber - ihre Gültigkeit. Letzterer kann nach § 571 I BGB nur die Rechte geltend machen, die im Falle der Nichtveräußerung aufgrund des Mietvertrages für den bisherigen Vermieter entstanden wären.

Haben die Parteien im Mietvertrag die Hingabe eines Baukostenzuschusses in der Rechtsform einer Mietvorauszahlung vereinbart, so muß demnach der Erwerber des Mietobjektes eine derartige vertragliche Abrede gemäß § 571 I BGB gegen sich gelten lassen. Denn tritt in den Mietvertrag ein, wie dieser zwischen Mieter und Vermieter abgeschlossen ist.

---

3) Vgl. hierzu S. 55 f

Soweit der vertraglichen Vereinbarung zufolge der Mietzins im voraus zu entrichten war, besteht für den Erwerber ein Recht auf den Mietzins "aus dem Mietverhältnis" überhaupt nicht. Der entsprechende Mietzinsanspruch ist mit der vertragsgemäßen Vorauszahlung des Mieters untergegangen - § 362 BGB. Infolge Erfüllung existiert ein vertragliches Recht auf den Mietzins nicht mehr, in das der Erwerber nach § 571 I eintreten könnte. Ebenso wenig wie der bisherige Vermieter die als Baukostenbeitrag geleistete Mietvorauszahlung noch einmal fordern kann, ist der neue Eigentümer dazu berechtigt, da er lediglich in dessen Rechtsposition nachfolgt.

Die zunächst aufgeworfene Frage läßt sich daher wie folgt beantworten: Nach § 571 I BGB hat der Erwerber des Mietobjektes lediglich Anspruch auf den Mietzins, der nach der mietvertraglichen Vereinbarung während der Dauer seines Eigentumes fällig wird. Da der als Mietvorauszahlung erbrachte Baukostenzuschuß vertraglich vorzeitig fällig gestellt ist, kann der neue Eigentümer insoweit aus § 571 I BGB keine Ansprüche mehr herleiten. Entsprechend dieser Regelung ist die Abrede über die vorzeitige Zuschuß- und Mietzahlung als im Mietvertrag vereinbart auch dem Käufer gegenüber wirksam.

Dieses anhand des § 571 I BGB gewonnene Ergebnis steht jedoch in Widerspruch zu dem Wortlaut der §§ 573, 574 BGB, wonach Vorauserhebungen der Miete dem Erwerber gegenüber bei Vorliegen dort näher bezeichneter Voraussetzungen unwirksam sind. - Die konkrete Frage lautet: Inwieweit schränkt das Verbot der Verfügung über auf spätere Mietzeit entfallenden Mietzins die in § 571 I BGB angeordnete Bindung des Grundstückserwerbers an die vertraglichen Abreden zwischen Mieter und Vermieter ein?

Fallen insbesondere auch solche Mietvoraushebungen unter die §§ 573, 574 BGB, die von den Parteien bereits in dem ursprünglichen Mietvertrag vereinbart worden sind?

Da beim Baukostenzuschuß die Mietvorauszahlung stets auf einer entsprechenden Klausel im Mietvertrag beruht, ist die Beantwortung dieser Frage im Rahmen dieser Untersuchung von entscheidender Bedeutung. - Ergibt sich, daß vertragsgemäße Vorauszahlungen des Mieters nicht unter die Verfügungsbeschränkung fallen, dann muß der Erwerber den geleisteten Baukostenzuschuß in jedem Fall gegen sich gelten lassen; die Gefahr einer nochmaligen Mietzinszahlung entsteht für den Mieter nicht.

Die durchaus herrschende Meinung steht auf dem Standpunkt, daß die Verfügungsbeschränkung der §§ 573, 574 BGB sich nur auf die Mietzinsen erstreckt, die während der Eigentumszeit des Erwerbers fällig werden.<sup>4)</sup> Danach ist der Anwendungsbereich dieser Bestimmungen durch § 571 I BGB begrenzt. Nur für solchen Mietzins, auf den der Erwerber nach § 571 I BGB einen Anspruch hat, soll das Verfügungsverbot gelten, nicht jedoch für Vorauserhebungen und Vorauszahlungen, die in Übereinstimmung mit dem Mietvertrag erfolgen. Vertragsgemäße Mietvorauszahlungen sind dieser Auffassung nach dem Erwerber gegenüber auch dann voll wirksam, wenn sie das Entgelt für die Raumgewährung durch den neuen Eigentümer darstellen.

Grundlegend für diese einschränkende Auslegung der §§ 573, 574 BGB ist die Entscheidung des Reichsgerichts vom 14.1.1919<sup>5)</sup>, die folgenden Fall betraf:

Der Eigentümer einer Kiesgrube hatte diese gegen einen einmalig zu zahlenden, sofort fälligen Pachtzins zur Kiesgewinnung verpachtet und später an dem Grundstück den Nießbrauch bestellt. Der Nießbraucher verlangte nun von dem Pächter Pachtzins. - Das Reichsgericht führt dazu aus, die gesetzliche Regelung der Verfügungsbeschränkungen passe auf den Fall nicht.

---

4) Vgl. Staudinger-Kiefersauer § 573 Anm. 11, § 574 Anm. 11; RGRK, § 573 Anm. 1; Erman-Schopp, vor § 573; Palandt-Gramm § 573, 1 b; Larenz, Schuldrecht II § 44 IV; Oertmann S. 838 f; Roquette, Mietrecht S. 200 ff; Esser, § 120, 3; Pesenacker, S. 61; Merkert, NJW 51/697; Matthias, MDR 54/649 (651); Schopp, ZMR 54/353 (355); Bachmann, ZMR 61/33 (34 f); Pergande, NJW 51/737 (742).

5) RGZ 94/279 ff.

In dem Urteil wird weiter betont, daß zwischen dem Eintritt des Erwerbers in die sich aus dem Mietverhältnis ergebenden Verpflichtungen und dem Recht auf das entsprechende Entgelt kein rechtlicher Zusammenhang bestehe. Nach § 571 I BGB trete der Erwerber in die sich während der Dauer seines Eigentums ergebenden Rechte ein. Der Wille des Gesetzgebers gehe also nicht dahin, dem Erwerber unter allen Umständen einen Gegenwert für die ihm obliegende Leistung zu gewähren. Ein Anspruch auf Mietzins stehe ihm vielmehr nur zu, wenn und soweit ihm ein solcher auf Grund des Mietvertrages erwachse. Sei der Mietzins seinem vollen Betrage nach zu einer Zeit zu entrichten, die vor der Veräußerung liege, so erlange der Erwerber überhaupt kein Nutzungsentgelt. Die Entscheidung gipfelt in der Feststellung: "Gegen Vorauserhebungen und Vorauszahlungen von Mietzinsen, die in Gemäßheit des Mietvertrages erfolgen, läßt das Gesetz dem Erwerber keinen Schutz angedeihen."

Das Reichsgericht hat diese restriktive Auslegung der §§ 573, 574 BGB in weiteren Entscheidungen bestätigt.<sup>6)</sup> Zahlreiche Gerichte sind dieser Argumentation gefolgt und haben die für den Fall des Grundstückserwerbers entwickelte enge Auslegung ganz allgemein auf alle in Betracht kommenden Fälle ausgedehnt. - So halten die Oberlandesgerichte Breslau,<sup>7)</sup> Hamm,<sup>8)</sup> Köln,<sup>9)</sup> sowie das Kammergericht<sup>10)</sup> vertragsmäßige Vorausverfügungen dem Erwerber und Ersteher des Grundstücks in der Zwangsversteigerung gegenüber für wirksam. Den gleichen Standpunkt vertreten für den Fall des Hypothekengläubigers und Zwangsverwalters Entscheidungen der Oberlandesgerichte Karlsruhe,<sup>11)</sup> Stettin,<sup>12)</sup> Hamburg<sup>13)</sup> und des Kammergerichts.<sup>14)</sup>

---

6) Urt. v. 18.11.1924 = SeuffArch Bd. 79/41 ff;  
29.11.1928 = JW 29/2861, 20.1.1930 = RGZ 127/116 ff.

7) Urt. v. 25.1.1928 = JW 28/2572

8) Urt. v. 16.3.1929 = JW 29/3257

9) Urt. v. 24.2.1932 = HRR 33/Nr. 589

10) Urt. v. 16.2.1931 = JW 31/2175

11) Urt. v. 14.7.1930 = JW 30/2986

12) Urt. v. 8.6.1932 = JW 33/927

13) Urt. v. 10.8.1933 = MRK 33/199

14) Urt. v. 11.11.1935 = Grundeigentum 36/157

Unter ausdrücklicher Berufung auf die reichsgerichtliche Rechtsprechung erklärt das OLG München<sup>15)</sup> eine in der Form eines Baukostenzuschusses geleistete Mietvorauszahlung dem Erwerber und Ersteher des Mietgrundstücks sowie dem Zwangs- und Konkursverwalter gegenüber für wirksam, weil die Vorleistung des Mieters "in Gemäßheit des Mietvertrages" erbracht worden sei.<sup>16)</sup>

Ob diese Auffassung der gesetzlichen Interessenwertung gerecht zu werden vermag, wird im folgenden zu untersuchen sein. Dabei steht die Frage im Vordergrund: Ist der Baukostenbeitrag als vertraglich vereinbarte Vorauszahlung des Mieters eine Vorausserhebung im Sinne der §§ 573, 574 BGB? - Ihre Beantwortung wird entscheidend davon abhängen, welchen gesetzgeberischen Zweck man für diese Bestimmungen ermittelt. - Dienen sie ausschließlich dazu, im Interesse von Vermieter und Mieter Verfügungen über Mietzins, der erst nach Eigentumsübergang fällig wird, entgegen der Anordnung in § 571 I BGB unter gewissen Voraussetzungen dem Erwerber gegenüber noch wirken zu lassen; enthalten also die §§ 573, 574 BGB eine Einschränkung des § 571 I BGB lediglich zugunsten von Vermieter und Mieter?<sup>17)</sup> - Oder schränken diese Vorschriften die Regelung des § 571 I BGB zugunsten des neuen Eigentümers ein, indem sie diesem die Gegenleistung für die Gebrauchsgewährung von einem bestimmten Zeitpunkt an garantieren?<sup>18)</sup>

b) Historische und logische Auslegung der §§ 571 ff BGB.

Welchem Normzweck die genannten einschränkenden Vorschriften dienen, soll zunächst anhand ihrer Entstehungsgeschichte überprüft werden, die im übrigen als Hauptargument von beiden, oben näher dargestellten, gegensätzlichen Auffassungen für sich in Anspruch genommen wird.<sup>19)</sup>

---

15) Urt. v. 18.12.1951 = NJW 52/307 ff.

16) Ebenso OLG Celle v. 27.6.1952 = NdsRpfl 52/169 ff.  
OLG Nürnberg v. 22.1.1959 = BB 59/433 ff.

17) Zu diesem Gesetzeszweck gelangt man, folgt man der herrschenden Meinung. - Vgl. Larenz-Schuldrecht II § 44 IV.

18) Für eine derartige Entgeltsbeziehung Heck - § 101, 7

19) Vgl. RGZ 94/279 (281) und andererseits OLG Bremen, Urt. v. 4.4.1951 = BB 52/182 (183) und Urt. v. 8.7.1954 = MDR 54/740 ff. sowie Schuster in MDR 60/181 (185)

Dabei werden insbesondere die Protokolle zu berücksichtigen sein, die die Normvorstellungen der 2. Reichstagskommission enthalten, von der die vorliegende gesetzliche Regelung gestaltet wurde.

Während nach römischem und gemeinem Recht der Erwerber eines Grundstückes an bestehende Mietverträge grundsätzlich nicht gebunden war und infolge seiner dinglichen Berechtigung den Mieter jederzeit aus dem Besitz weisen konnte, war das preußische Allgemeine Landrecht und der Code civil von dem Grundsatz "Kauf bricht nicht Miete" beherrscht.<sup>20)</sup>

Der erste Entwurf zum BGB folgte dem Prinzip "Kauf bricht Miete", schloß sich damit den sächsischen und bayrischen Regelungen an. Er enthielt aber insoweit eine Einschränkung, als der Mieter nur auf Aufforderung des Erwerbers und nach Ablauf einer bestimmten Frist das Grundstück räumen mußte, dieser also bis dahin zur vertraglichen Gebrauchsgewährung verpflichtet blieb.<sup>21)</sup> Daß die Einführung dieses Grundsatzes für den Mieter mit Härten verbunden sein konnte, blieb bei den Beratungen nicht verborgen.<sup>22)</sup>

Dem allgemeinen Widerspruch, den die Auffassung des ersten Entwurfes gefunden hatte, entsprach die zweite Kommission, indem sie sich für den Grundsatz "Kauf bricht nicht Miete" entschied und zu dessen Durchführung die §§ 571 ff. beschloß. Dies geschah insbesondere aus der Erwägung heraus, daß die Mieter von Geschäftsräumen und Pächter landwirtschaftlicher Grundstücke gegen Austreibung möglichst gesichert werden mußten. Bei der Wohnraummiete werde indessen die rechtliche und wirtschaftliche Tragweite der Frage vielfach übertrieben; denn der überwiegende Teil der betroffenen Mieter, insbesondere die minderbemittelte Bevölkerung, schließe keine langfristigen Verträge.<sup>23)</sup> Man sah sich insoweit also nicht vor ein soziales Problem gestellt.

---

20) Vgl. ALR I, 21 §§ 358 - 360; Code Civil - Art. 1743 ff.

21) Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich §§ 509 - 511

22) Vgl. Motive II S. 383

23) Protokolle II S. 146

Die Erörterungen der zweiten Kommission betrafen daher auch weniger die Frage, wie der Mieter vor Entsetzung durch den Erwerber zu schützen sei; in der Hauptsache stritt man vielmehr darüber, auf welche Weise man den Übergang der Vermieterrechte und -pflichten rechtlich gestalten sollte. Zwei Lösungsvorschläge standen dabei zur Diskussion: Nach Antrag 1) sollte der Erwerber unmittelbar kraft Gesetzes in das Mietverhältnis eintreten.<sup>24)</sup> - Einer anderen Auffassung - Antrag 2 - zufolge sollten die Rechte des Veräußerers lediglich im Wege der Zession auf den Erwerber übergehen.<sup>25)</sup> Dieser Antrag wurde auf Grund folgender Erwägungen abgelehnt:<sup>25a)</sup>

"Die dem Antrag 2 zu Grunde liegende Konstruktion sei theoretisch unrichtig und praktisch undurchführbar." Nach den für die Zession geltenden Grundsätzen würden wohl die aus dem Mietverhältnis sich ergebenden Forderungsrechte auf den Erwerber übergehen, - die Gestaltungsrechte, insbesondere das Recht auf Kündigung, müßten nach dieser Theorie jedoch bei dem bisherigen Vermieter verbleiben. Es trete also eine unerträgliche Duplizität des Mietverhältnisses ein. Folge man dem Antrag 2), so würde der Erwerber, falls der Veräußerer bereits vor dem Eigentumsübergang den Mietzins für einen längeren Zeitraum im voraus erhoben hätte, für diese Zeit zur Gewährung des vertragsgemäßen Gebrauchs verpflichtet sein, ohne ein entsprechendes Entgelt zu erhalten. Dieses Ergebnis aber stehe mit dem Wesen der Miete im Widerspruch und habe darüber hinaus eine unerwünschte Gefährdung des Erwerbers zur Folge. Diese Mißstände vermeide der Antrag 1), wenn er den Erwerber mit dem Übergang des Eigentums unmittelbar kraft Gesetzes in die Rechte und Pflichten des veräußernden Vermieters eintreten lasse.

---

24) Protokolle II S. 134

25) Protokolle II S. 136

25a) Protokolle II S. 139

Ein derartiger Eintritt in die aktive und passive Seite eines Schuldverhältnisses sei zwar eine Anomalie gegenüber dem System des Entwurfes, sie müsse indessen in Kauf genommen werden, weil eine andere rechtliche Konstruktion der durch den Grundsatz "Kauf bricht nicht Miete" eingetretenen Rechtslage nicht denkbar sei. Überdies lehne diese Konstruktion sich an den deutschrechtlichen Gedanken an, wonach gewisse Rechte und Pflichten mit dem Eigentum an einem Grundstück verbunden seien.<sup>26)</sup>

"Fasse man aber die aus dem Miethverhältnisse sich ergebenden Verpflichtungen als eine den deutschrechtlichen Real-lasten ähnliche Belastung des Grundstücks auf, so müsse man dem Eigenthümer als Entgelt für die ihm obliegenden Verpflichtungen während der Dauer seines Eigenthums auch die aus dem Miethverhältnis sich ergebenden Rechte des Vermiethers, insbesondere das Recht auf den Miethzins einräumen."<sup>26a)</sup>

Mit derselben Begründung wurde auch der Antrag 4) abgelehnt, dem zufolge sämtliche Voraussetzungen über den Mietzins dem Erwerber gegenüber für wirksam erklärt werden sollten.<sup>27)</sup> - Dieser Antrag enthalte zwar nicht formell, jedoch in der Sache eine Wiederaufnahme des Antrages 2); den aber habe man gerade aus dem Grunde abgelehnt, weil man den Erwerber nicht an die Voraussetzungen des Vermieters habe binden wollen. "Eine andere Frage sei es, ob nicht das im § 509 a Abs. 1 (= 571 BGB) ausgesprochene Prinzip, daß das Recht des Erwerbers auf den Miethzins für die Zukunft durch die Verfügungen des Vermiethers nicht berührt werde, gewisse Einschränkungen erfordere und zulasse."

Diese Einschränkungen enthalten die §§ 573, 574 BGB. Danach sollen Verfügungen des Vermieters dem Erwerber gegenüber wirksam sein, wenn dieser zum Zeitpunkt des Eigentums-erwerbs von ihnen Kenntnis hatte. In diesem Fall verdiene der Erwerber keinen Schutz; dem Mieter hingegen sei damit die Möglichkeit gegeben, durch rechtzeitige Mitteilung von Vorauszahlungen dem neuen Eigentümer gegenüber seine Rechte zu sichern.

---

26) Vgl. § 101 BGB.

26a) Protokolle II S. 139

27) Protokolle II S. 145

Die zweite Ausnahme, Wirksamkeit der Verfügung für eine gewisse Zeit nach Eigentumsübergang, erfolgte aus der Erwägung, daß sie für den Veräußerer eine wirtschaftliche Notwendigkeit darstelle.<sup>28)</sup>

Mit Rücksicht auf die Interessen des Mieters sollten ferner dessen Rechtsgeschäfte über den Mietzins mit dem Vermieter dem Erwerber gegenüber wirksam sein, solange der Mieter von der Übertragung des Eigentums keine Kenntnis hatte.<sup>29)</sup> -

Aus den zuletzt dargestellten gesetzgeberischen Motiven ließe sich folgern, daß die §§ 573, 574 BGB lediglich zugunsten von Mieter und Vermieter Verfügungen über Mietzins zulassen sollen, die nach § 571 I BGB sonst dem Erwerber gegenüber unwirksam wären.<sup>30)</sup>

Mit der gleichen Berechtigung kann man aber auch den gegenteiligen Schluß ziehen. Denn die Bemerkung, grundsätzlich solle das Recht des Erwerbers auf den Mietzins für die Zukunft durch Verfügungen des Vermieters unberührt bleiben, läßt sich ebenso naheliegend dahingehend deuten, daß der Erwerber nur in den in §§ 573, 574 BGB näher bezeichneten Fällen zur Gebrauchsgewährung verpflichtet ist, ohne ein Entgelt dafür zu erhalten.<sup>31)</sup>

Für eine generelle rechtliche Abhängigkeit zwischen der Übernahme der Vermieterpflichten durch den neuen Eigentümer und sein Recht auf die entsprechende Gegenleistung spricht ferner auch die Begründung der Ablehnung des Antrages 2): Der Eintritt des Erwerbers sollte nicht nach Zessionsgrundsätzen erfolgen; sonst wäre er, falls der Vermieter vor der Eigentumsübertragung den Mietzins schon für einen längeren Zeitraum im voraus erhoben hätte, für diese Zeit zur Gewährung des vertragsmäßigen Gebrauchs verpflichtet, ohne ein entsprechendes Entgelt zu erhalten.<sup>32)</sup>

---

28) Protokolle II S. 146

29) Protokolle II S. 147

30) So RGZ 94/279 (281 f.); Larenz, Schuldrecht § 44 IV

31) Vgl. Boeck - DMR 32/1383 (1384); Schuster, MDR 60/181 (185).

32) Der Erwerber müßte sich den Einwand der Erfüllung entgegenhalten lassen.

Wesentlich ist die in diesem Zusammenhang stehende Bemerkung, eine derartige Folge sei unerwünscht und widerspreche dem Wesen des Mietverhältnisses.<sup>32a)</sup> - Charakteristisch für die Miete ist das Gegenseitigkeitsverhältnis zwischen Gebrauchsgewährung und Mietzinszahlung, die Tatsache also, daß auf jeden beliebigen Abschnitt der Mietzeit ein entsprechender Teil des Entgeltes entfällt, und damit der Vermieter für die Dauer der Gebrauchsüberlassung die zugehörige Miete erhält.<sup>33)</sup> Soll nach dem Willen des Gesetzgebers dieses Abhängigkeitsverhältnis von Gebrauchsgewährung und Recht auf das entsprechende Entgelt nicht aufgehoben werden, dann muß aus den §§ 573, 574 BGB der Grundsatz entnommen werden: Das Recht des Erwerbers auf den auf die Zeit seines Eigentums entfallenden Mietzins darf durch Verfügungen des Vermieters nicht beeinträchtigt werden; mit dem Übergang des Eigentums am Grundstück gebühren die diesem Zeitraum entsprechenden Mietzinsanteile dem Erwerber.<sup>34)</sup>

Folgt man dieser Argumentation, so enthalten die §§ 573, 574 BGB zugunsten des Erwerbers eine Durchbrechung des in § 571 I BGB normierten Prinzips, daß dieser in das Mietverhältnis eintritt, wie er es zum Zeitpunkt des Eigentumswechsels vorfindet.

Auch wenn wesentliche Anhaltspunkte in der Entstehungsgeschichte der §§ 571 ff. BGB für diese Auffassung sprechen, so vermag die historische Auslegung für die aufgeworfene Frage doch wohl nur einen entsprechenden Hinweis zu liefern. Ein entscheidendes Kriterium gegen die Ansicht, der Baukostenzuschuß sei - weil im Mietvertrag vereinbart - keine Vorauserhebung im Sinne der §§ 573, 574, bieten die Protokolle nicht.

Andererseits fehlt in diesen Bestimmungen jeglicher Hinweis darauf, daß sie für Vorausverfügungen des Vermieters, die auf einer mietvertraglichen Abrede beruhen, nicht gelten sollen. Der Wortlaut spricht vielmehr eindeutig gegen diese Meinung.

---

32a) Vgl. Protokolle II S. 139

33) Vgl. Esser - § 115, 2 c

34) So Planck, § 574 Anm. 2; Mittelstein, Mietrecht S.692; Heck - Schuldrecht § 101, 7 - vgl. auch OLG Bremen DRpfI. 55/69 (71); Leo in JW 19/675; Bendix in JW 19/675

In § 573 BGB werden Verfügungen über den Mietzins für nur beschränkt wirksam erklärt, der auf die Zeit der Berechtigung des Erwerbers "entfällt"; sollten vertraglich vereinbarte Vorauszahlungen davon nicht erfaßt werden, so hätte das unschwer durch die Formulierung klar gestellt werden können: ... Mietzins, der während der Zeit der Berechtigung des Erwerbers "fällig wird". - Unter den Rechtsgeschäften, die in § 574 BGB angesprochen sind, ist die "Entrichtung des Mietzinses" besonders hervorgehoben. Es erscheint als schwer vorstellbar, daß mit diesem Wortlaut die Entrichtung einer aufgrund vertraglicher Klausel im voraus erbrachten und damit vorzeitig fälligen Miete nicht erfaßt werden sollte.

Der Mietzins wird regelmäßig erst in dem Augenblick entrichtet, wo er nach der mietvertraglichen Abrede fällig gestellt ist, nicht jedoch ohne einen derartigen Rechtsgrund im voraus. Bei restriktiver Auslegung des Begriffes der Vorauserhebung in § 574 BGB würden von dieser Bestimmung lediglich die praktisch kaum vorkommenden Ausnahmefälle berührt, in denen der Mieter ohne entsprechende vertragliche Verpflichtung die Miete im voraus vor Fälligkeit bezahlt. Die Annahme, daß der Gesetzgeber die Anwendbarkeit dieser Vorschrift auf derartige seltene Sonderfälle beschränken wollte, ist wenig naheliegend.

Was sich bei der Betrachtung der Entstehungsgeschichte schon andeutete, wird durch den eindeutigen Wortlaut der §§ 573, 574 BGB bestätigt: Historische und logische Auslegung rechtfertigen die Auffassung nicht, vertragsgemäße Vorauszahlungen des Mieters - und damit auch Baukostenzuschüsse - fielen nicht unter die gesetzliche Verfügungsbeschränkung. Die Motive des Gesetzgebers wie der Wortlaut der Vorschriften weisen eher daraufhin, daß nach dem Normzweck das Interesse des neuen Eigentümers am Mietzins als Ertrag des Grundstücks möglichst weitgehend gewahrt bleiben soll und daß daher sämtliche Vorauserhebungen von Mietzins den Beschränkungen der §§ 573, 574 BGB unterliegen.<sup>35)</sup>

---

35) Ebenso Planck § 574 Anm. 2, wo nur auf den Wortlaut abgestellt ist.

Diese Annahme wird bestätigt und unterstützt, wenn man die weitere gesetzliche Gestaltung der einschlägigen Vorschriften in der Folgezeit betrachtet.

Durch das Gesetz über die Einschränkung der Verfügungen über Miet- und Pachtzinsforderungen vom 8.6.1915<sup>36)</sup> wurden - wie bereits im anderen Zusammenhang erwähnt - die zeitlichen Grenzen der Wirksamkeit von Vorausverfügungen wesentlich beschränkt. Nach Art. 5 dieses Gesetzes, der eine Übergangsregelung enthielt, blieben für die vor dessen Inkrafttreten begründeten Miet- und Pachtverhältnisse für eine gewisse Zeit jedoch die bisherigen Vorschriften maßgebend. Wie sich aus der amtlichen Begründung dieses Gesetzes ergibt, geschah dies allein deshalb, um die Mieter und Pächter zu schützen, die den Mietzins der mietvertraglichen Vereinbarung zufolge für eine längere Zeit als ein Vierteljahr im voraus zu entrichten hatten.<sup>37)</sup> Diese sollten durch die Verkürzung der in den §§ 573, 574, 1124 II BGB, 21 II KO näher bezeichneten Fristen nicht der Gefahr ausgesetzt sein, die Miete an Erwerber, Ersteher, Hypothekengläubiger, Zwangs- oder Konkursverwalter noch einmal zahlen zu müssen.<sup>38)</sup> Ein derartiger Schutz wäre aber nicht erforderlich gewesen, wenn vertragsgemäße Vorauszahlungen dem erwähnten Personenkreis gegenüber ohnehin wirksam wären. Die Ausnahmeregelung des Art. 5 zwingt also gerade zu dem Schluß, daß es auf die Vertragsmäßigkeit der Vorleistung nicht ankommen kann, zumal für die übrigen, von der Übergangsvorschrift nicht erfaßten Mietverhältnisse Vorausverfügungen über die enge Schonfrist hinaus bei Vorliegen der jeweiligen gesetzlichen Voraussetzungen unwirksam waren.<sup>39)</sup>

---

36) RGBI 15/327

37) Vgl. Reichstag II. Session 1914/15 - Drucks. Nr. 71 S. 127 f.

38) Vgl. Trendelenburg - S. 71

39) Vgl. Leo in JW 19/675; Brandis in JW 33/882 f.

c) Die Rechtsprechung des Reichsgerichts und ihre Bedeutung in der Auseinandersetzung um die Drittwirkung des Baukostenzuschusses.

Entstehungsgeschichte und Formulierung der §§ 571 ff BGB rechtfertigen es nicht, den Baukostenzuschuß aus dem Grunde von den Verfügungsbeschränkungen der §§ 573, 574 BGB auszunehmen, weil es sich dabei um eine zwischen Mieter und Vermieter vertraglich vereinbarte Mietvorauszahlung handelt;- das kann als Ergebnis der vorstehenden Untersuchung festgehalten werden.

Da sich die gegenteilige Ansicht vorwiegend auf eine angeblich ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts beruft, soll diese im folgenden näher betrachtet werden.<sup>40)</sup>

Die Urteile des Reichsgerichts vom 14.1.1919<sup>41)</sup> und 18.11.1924<sup>42)</sup> erklären Mietvorauszahlungen dem Erwerber gegenüber für wirksam, die "in Gemäßheit des Mietvertrages" erfolgt sind. Diesen Entscheidungen liegt ein Sachverhalt zugrunde, nach dem der Mietzins aufgrund des ursprünglichen Mietvertrages für die gesamte Mietzeit im voraus zu zahlen war.

Bei konsequenter Fortführung der Argumentation des Reichsgerichts müßte man zu dem Ergebnis gelangen, daß auch Vorauszahlungen, die auf einer späteren Änderung des Mietvertrages beruhen, dem Rechtsnachfolger gegenüber voll wirksam sind. Denn auch diese erfolgten "vereinbarungsgemäß"; die späteren Abreden und Zusätze werden Inhalt des Mietvertrages und heben als letzter erkennbarer gemeinsamer Wille der Parteien etwaige entgegenstehende frühere Vertragsklauseln auf. Der Erwerber tritt nach § 571 I BGB in das Mietverhältnis ein, wie es zum Zeitpunkt des Eigentumsüberganges besteht. Ursprüngliche, später aufgehobene oder geänderte Vertragsbestimmungen können ihn selbstverständlich weder berechtigen noch verpflichten.

---

40) Vgl. Roquette, Mietrecht S. 200 ff.; Bachmann ZMR 61/33 (34); Pesenacker S. 61; Pergande NJW 51/737 (742); Merkert NJW 51/697; Matthias MDR 54/649 (651) - OLG München NJW 52/307 ff.; LG Hamburg MDR 51/293; LG Stuttgart NJW 51/927.

41) RGZ 94/281 ff.

42) SeuffArch. 79/41 ff.

Man wird sagen können, daß letztlich jede Mietvorauszahlung aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung erfolgt, da der Mieter nicht ohne Rechtsgrund für die Zukunft leisten wird. Dabei kann sich die Verpflichtung zur Vorleistung bereits aus dem ursprünglichen Vertrag ergeben, ebenso aber auch aus einer nachträglichen Änderung des Mietverhältnisses.

Wenn aber Vorauszahlungen des Mieters stets als vertragsgemäß anzusehen sind, dann ist für die Anwendung des § 574 BGB, soweit dort von der Entrichtung der Miete die Rede ist, praktisch kein Raum mehr. Die folgerichtige Durchführung der in den genannten Entscheidungen niedergelegten Auffassung führt also zwangsläufig zu einer fast gänzlichen Ausschaltung des Gesetzes und macht dieses gegenstandslos.

Ein derartiges Ergebnis wäre zumindest sehr bedenklich und ist vom Reichsgericht auch vermieden worden. - In dem Urteil vom 27.4.1933<sup>43)</sup> schränkt es seine bisherige Rechtsprechung wesentlich ein, indem es nur solche Voraussetzungen des Mietzinses den Drittberechtigten gegenüber für wirksam erklärt, die bereits im u r s p r ü n g l i c h e n Mietvertrag vereinbart wurden. Nachträgliche Abänderungen des ursprünglichen Vertrages seien indessen ohne Einfluß auf die Frage nach der Unwirksamkeit der Verfügungen. Das Reichsgericht weicht in diesem Urteil ganz bewußt der Frage aus, ob im Mietvertrag vorgesehene Vorauszahlungen den Beschränkungen des § 1124 BGB unterliegen, und sieht den Nachtragsvertrag, nach dessen Wortlaut und Inhalt der alte Vertrag unzweifelhaft aufgehoben ist, gleichwohl nicht als neue Vereinbarung an, sondern lediglich als eine "Abänderung des tatsächlich fortgesetzten alten Mietverhältnisses." Weitaus naheliegender wäre es gewesen, in Anbetracht der neuen Mietzinsvereinbarungen den Nachtragsvertrag als einen neuen, selbständigen Vertrag anzusehen und zur Erreichung des erstrebten Ergebnisses - Schutz des Drittberechtigten - die darin enthaltene Vorausverfügung

---

43) JW 33/1658 f.

der Einschränkung des § 1124 Abs. II BGB zu unterstellen. Das Urteil zeigt ganz offen das Bestreben, dem Grundstücksgläubiger zu helfen, obwohl ihm nach der Argumentation der Entscheidung vom 14.1.1919 eigentlich nicht geholfen werden durfte.<sup>44)</sup>

Diese Entscheidung, die als Kriterium für die Frage der Wirksamkeit von Vorauszahlungen allein auf das Zeitmoment abstellt, indem sie zwischen ursprünglichen und nachträglichen vertraglichen Vereinbarungen unterscheidet, vermag nicht zu überzeugen. - Eine derartige Abgrenzung ist rein formal, wie auch der BGH betont,<sup>45)</sup> und wird den beteiligten Interessen in keiner Weise gerecht. Es ist nicht einzusehen, warum der Begriff der vertragsgemäßen Vorausverfügung keine Geltung haben soll, wenn eine Verfügung "in Gemäßheit" des abgeänderten Vertrages erfolgt. Jeder Vertrag ist abänderbar; die neue Vertragsfassung stellt dann den einzig maßgebenden Vertrag dar. Nach der Auffassung des Reichsgerichts kommt es allein darauf an, ob der alte Vertrag lediglich geändert oder aber durch einen völlig neuen abgelöst wird. Folgerichtig müßte es zu entgegengesetzten Ergebnissen kommen, obwohl zwischen beiden Möglichkeiten kein sachlicher Unterschied ersichtlich ist; denn jeder abgeänderte oder ergänzte Vertrag ist inhaltlich ein neuer. - Im übrigen widerspricht das Urteil dem Grundsatz des § 571 I BGB, daß die Vermieterrechte und -pflichten auf den Erwerber übergehen, wie sie zum Zeitpunkt des Eigentumswechsels bestehen. Es hat daher in Schrifttum und Rechtsprechung allgemein Ablehnung gefunden.<sup>46)</sup>

Nachdem das Reichsgericht offensichtlich erkannt hatte, daß der Begriff der Vertragsmäßigkeit für eine enge Auslegung der Bestimmungen, die die Verfügungsfreiheit über den Miet-

---

44) Vgl. die Anm. von Peß zu dem zitierten Urteil aaO

45) Urt. v. 26.11.1954 - NJW 55/301 (302); vgl. auch

Urt. v. 30.11.1966 - NJW 67/555 (557).

46) Vgl. BGH - Urt. v. 11.7.1962 - JR 63/60 (61).

LG. Hamburg MDR 51/293; LG Kassel MDR 53/295; LG Berlin JW 35/3657; Schuster in MDR 60/184; Wörbelauer in NJW 53/1729 (1731); Himmelmann in MDR 52/196; wohl auch Pesenacker - S. 74 -.

Das RG selbst revidiert seine Ansicht bereits in dem Urteil vom 22.3.1934 - JW 34/1561 (1562), wo es ausführt: "Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob eine derartige "Vorausverfügung" ... bereits in und mit dem Pachtvertrag selbst oder erst später getroffen worden ist."

zins einschränken, nicht geeignet ist, versuchte es, das gleiche Ziel unter nurmehr formeller Beibehaltung seiner ursprünglichen Auffassung durch eine begriffliche Deduktion zu erreichen.

Den vertraglichen Abreden, die der Sache nach die Bestimmung des Mietzinses betreffen, stellt es die Vereinbarungen gegenüber, die lediglich die Begleichung bereits festgesetzter Mietzinsen zum Inhalt haben.<sup>47)</sup> Diejenigen vertraglichen Klauseln, durch die der Mietzins bestimmt wird, gehören danach in den Bereich der Vertragsbedingungen, die der Rechtsnachfolger gemäß § 571 I BGB vollinhaltlich übernehmen muß. Vereinbarungen in dem Mietvertrage, durch die eine Vorauszahlung der Miete vorgesehen wird, zählen zu den den Mietzins bestimmenden Abreden. Wenn in Gemäßheit dieser Vereinbarungen der Mietzins im voraus gezahlt werde, so liege darin die Erfüllung der Vertragsbestimmungen über die Höhe und Fälligkeit des Mietzinses. In der Erfüllung der Vertragsbedingungen sei aber nicht eine Vorausverfügung über den Mietzins zu erblicken. - Im gleichen Sinne führt das Reichsgericht in der Entscheidung vom 22.3.1934<sup>48)</sup> aus: "Derartige aus dem Mietvertrag selbst hervorgehende Vorauserhebungen stellen sich der Sache nach als Abreden über die Bestimmung des Mietzinses dar. Das gilt vor allem, wenn der Mietzins nach dem Vertrag selbst für die ganze Vertragszeit oder für einen Teil davon vor auszuzahlen war." - Nach dieser Auffassung fallen also lediglich die Vereinbarungen unter die Verfügungsbeschränkungen, die sich auf die Tilgung der Mietschuld beziehen.

Diese Darlegungen des Reichsgerichtes, die das Vorliegen einer Verfügung leugnen, wenn die Vorausentrichtung des Nutzungsentgeltes bereits bei seiner Festsetzung vereinbart wurde, haben zum Teil Beifall gefunden und sind auch in der Baukostenzuschußrechtsprechung berücksichtigt worden.<sup>49)</sup>

47) So RG Urt. v. 6.6.1932 - RGZ 136/407 (414); ähnlich OLG Stettin JW 33/927.

48) RGZ 144/194 (196).

49) Vgl. Roquette - Mietrecht S. 200 f, derselbe in JW 36/3134; Lewald - MDR 55/323 (325) - OLG Celle v. 27.6.1952 - NdsRpfl 52/169, OLG Nürnberg v. 22.1.1959 - ZMR 59/233.

Die Argumentation des Reichsgerichts mag auf den ersten Blick bestechend erscheinen, einer näheren Überprüfung kann sie jedoch nicht standhalten. - Der Fehler liegt darin, daß das Erfüllungsgeschäft nicht scharf genug von dem Akt der Begründung der Mietzinsverpflichtung abgegrenzt wird.

Richtig ist lediglich der Ausgangspunkt dieser Auffassung,<sup>49a)</sup> eine Verfügung setze stets bereits bestehende Rechte voraus; denn die Begründung eines Rechts fällt nicht unter den Begriff der Verfügung. -

Vereinbaren die Parteien etwa die Hingabe eines Baukostenzuschusses in Höhe von 6.000,-- DM gegen Überlassung des Mietobjektes für 1 Jahr, so liegt darin keine Verfügung, sondern allein die Absprache über Höhe und Fälligkeit des Mietentgeltes.

Die Begründung des Forderungsrechts des Mietzinsgläubigers ist indessen scharf zu trennen von den Rechtsgeschäften, die dieses Recht in seinem Bestand beeinträchtigen. Denn derartige Rechtsgeschäfte, durch welche unmittelbar ein Recht übertragen, belastet, geändert oder aufgehoben wird, fallen nach allgemeiner Ansicht unter den Begriff der Verfügung.<sup>50)</sup> Ist für die Verfügung demnach wesentlich, daß auf den Bestand des Rechts unmittelbar eingewirkt wird, so fällt auch die Annahme der Mietzinszahlung als Erfüllung unter diesen Begriff. Denn die Tilgung der Mietschuld bewirkt den Untergang der entsprechenden Forderung des Vermieters. Der Begriff der Verfügung umfaßt auch die Änderung und Aufhebung eines Rechts, "insbesondere also auch die Annahme einer geschuldeten Leistung, indem dadurch die Forderung aufgehoben wird."<sup>51)</sup> - Dies wird im übrigen noch durch den Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen bestätigt, die von "Entrichtung, Einziehung oder anderweitiger Verfügung" sprechen.

Kommt es demnach in diesem Zusammenhang allein auf die Entrichtung des Mietzinses an, so ist es völlig gleichgültig, ob der Mieter die Mietschuld nachträglich oder im voraus

---

49a) Vgl. RGZ 136/407 (414)

50) Vgl. Planck I, Vorb. vor § 104, VII, 4

51) Planck - aaO. - Anders die "Theorie der realen Leistungsbewirkung", vgl. Larenz, Schuldrecht I § 26 I 3.

begleitet; mit dem Eigentumsübergang am Geld geht die entsprechende Forderung des Vermieters unter, wird also über sie verfügt.<sup>52)</sup>

Im genannten Beispiel liegt die Verfügung daher nicht in der vertraglichen Verpflichtung des Mieters, den Baukostenzuschuß im voraus zu entrichten, sondern allein in der Erfüllung, aufgrund derer der entsprechende Anspruch des Vermieters untergeht.

Neben die dogmatischen treten die praktischen Bedenken gegen eine Unterscheidung in Vorauszahlungs- und Tilgungsvereinbarungen. - Denn vielfach wird sich die Abgrenzung der Parteivereinbarungen in die vorbezeichneten Typen als undurchführbar erweisen. Was soll zum Beispiel im folgenden Fall gelten: Im Mietvertrag ist ein monatlich zu zahlender Mietzins in Höhe von 500,-- DM festgesetzt. In einer weiteren Bestimmung des Vertrages heißt es: "Durch die Zahlung eines Baukostenzuschusses in Höhe von 6.000,-- DM ist die Mietschuld für das erste Jahr getilgt." - Handelt es sich bei dieser Klausel um eine Tilgungsvereinbarung? Dafür spricht, daß aufgrund dieser Bestimmung der Mietzinsanspruch für das erste Vertragsjahr untergegangen ist. - Oder liegt darin nicht doch eine Abrede über die Bestimmung des Mietzinses? Denn unzweifelhaft ist in ihr eine Verabredung über die Fälligkeit getroffen.

Instruktiv ist in diesem Zusammenhang auch folgender, vom Reichsgericht entschiedener Fall:<sup>53)</sup> In einem Mietvertrag ist ein Mieterdarlehen vereinbart und weiter bestimmt, daß die Tilgungs- und Zinszahlungen für das Darlehen von der Miete gekürzt werden können. - Das Reichsgericht betrachtet diese Vereinbarung als eine Abrede zur Bestimmung des Mietzinses und hält daher die Ersterer daran gebunden. Diese Auffassung ist verfehlt; denn die für die Bestimmung des Mietzinses wesentlichen Merkmale, Festsetzung der Höhe der Miete, ihrer Fälligkeit und des Zahlungszeitraumes der einzelnen Raten, sind in einer derartigen

---

52) Dies erkennt u.a. KG in JW 31/2175, sowie Roquette in JW 36/3134

53) RG in JW 39/286.

Abrede nicht enthalten.<sup>54)</sup> Aufrechnungsabreden sind stets Tilgungsvereinbarungen.

Diese Beispiele dürften gezeigt haben, daß die dargestellte Unterscheidung der Parteivereinbarungen zur Lösung des Problems der Mietvorauszahlung nicht geeignet ist.<sup>55)</sup>

Gleichwohl findet sich die in den reichsgerichtlichen Entscheidungen vom 6.6.1932 und 22.3.1934<sup>56)</sup> herausgestellte Abgrenzung in allerdings eingeschränkter Form in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes wieder. Dieser entnimmt in dem Urteil vom 11.7.1962<sup>57)</sup> der Argumentation als wesentliches Kriterium die Unterscheidung, ob der Mietzins nach der vertraglichen Vereinbarung in einer Summe im voraus oder aber in Raten bemessen ist. Ist in einem Mietvertrag der Mietzins nach periodischen Zeitabschnitten bestimmt, so sei eine Mietvorauszahlung nur im Rahmen des § 574 BGB wirksam. Dies soll selbst dann gelten, wenn die Vorausleistung schon im Mietvertrag selbst vereinbart und fällig gestellt wurde.

Daß es indessen auf die Periodizität allein für die Frage der Anwendbarkeit der §§ 573, 574 BGB überhaupt nicht ankommen kann, mag folgendes Beispiel veranschaulichen:

In einem Mietvertrag mit einer Laufzeit von 5 Jahren wird als Entgelt vereinbart entweder

- 1) eine einmalige Zahlung von 10.000,-- DM bei Mietbeginn oder
- 2) jährliche Mietraten von jeweils 2.000,-- DM oder
- 3) zwei Raten von 5.000,-- DM für je 2 1/2 Jahre im voraus zahlbar.

---

54) Vgl. auch OLG Celle NdsRpfl. 52/169 (170), wo im Falle eines Baukostenzuschusses eine Aufrechnungsvereinbarung als Abrede über die Bestimmung des Mietzinses angesehen wird, obwohl schon das Wort Aufrechnung auf die schuldtilgende Wirkung hinweist - § 387 BGB.

55) Die Rechtsprechung des RG hat schon frühzeitig Widerspruch gefunden. Vgl. Brandis in JW 33/882; LG Berlin - JW 35/3656 -; zum Verfügungsbegriff auch Steinmann - S. 16 ff. - Zu welcher Verwirrung der Begriffe die Unterscheidung führen kann, zeigt der Aufsatz von Schopp in ZMR 54/353 ff. Der Verfasser kommt für die §§ 571 ff. BGB zu dem unhaltbaren Ergebnis, eine Unterscheidung in bestimmende und verfügende Abreden gebe es nicht - (S. 356). - Falsch auch LG Kassel - MDR 53/295.

56) RGZ 136/407 (414); RGZ 144/194 (196)

57) BGHZ 37/346 ff.; - vgl. ferner Urt. v. 30.11.1966 - NJW 67/555 (556).

Es liegt auf der Hand, daß zwischen den genannten Zahlungsmodalitäten in der Frage der Wirksamkeit der Vorauszahlung gegenüber dem Erwerber kein Unterschied gemacht werden kann, wenn etwa der Vermieter das Mietobjekt nach einem halben Jahr veräußert. Der Auffassung des Bundesgerichtshofs zufolge müßte der Mieter jedoch im zweiten und dritten Fall 1.000,-- DM bzw. 4.000,-- DM von den bereits an den Vermieter gezahlten Raten an den neuen Eigentümer noch einmal entrichten - ein Ergebnis, das recht willkürlich erscheint. - In der zugrundeliegenden Entscheidung wird übersehen, daß die Verfügung im Sinne der §§ 573, 574 BGB nicht in der Vereinbarung der einmaligen Vorauszahlung bzw. der einzelnen Raten zu sehen ist, sondern allein in der Erfüllung einer vertraglichen Vorleistungspflicht, die die entsprechende Mietzinsforderung des Vermieters untergehen läßt.<sup>58)</sup>

Andererseits läßt sich aus dem Urteil des BGH vom 11.7.1962 dessen grundsätzliche Ablehnung der Auffassung entnehmen, der Baukostenzuschuß sei von den Verfügungsbeschränkungen deshalb ausgenommen, weil seine Hingabe vertragsgemäß erfolgte. Der BGH ließ die Entscheidung über die Richtigkeit dieser vom Reichsgericht vertretenen Ansicht zwar zunächst noch dahingestellt;<sup>59)</sup> bereits aus dem Urteil vom 26.11.1954<sup>60)</sup> aber ergibt sich seine ablehnende Einstellung, wenn er ausführt, der wahre Grund für die Ausnahme von den gesetzlichen Einschränkungen der Mietvorauszahlung sei im Falle des Baukostenzuschusses ein sachlicher, nämlich der Gedanke der Werterhöhung, so daß es der rein formalen und begrifflichen Theorie des Reichsgerichts nicht mehr bedürfe.

Gestützt auf die reichsgerichtliche Rechtsprechung wird die Wirksamkeit der Baukostenzuschußleistung dem Erwerber gegenüber endlich auch damit begründet, daß diese auf den Beginn des Mietverhältnisses fällig gestellt sei und insoweit gar kein Entgelt auf die Zeit der Berechtigung des neuen

---

58) Vgl. auch die ablehnende Anmerkung zu dieser Entscheidung von Cranz in JR 63/62

59) Vgl. BGH Urt. v. 6.6.1952 - BGHZ 6/202 ff und 3.6.1953 - NJW 53/182

60) NJW 55/301 (302); - ebenso Urt. v. 30.11.1966 - NJW 67/555 (556).

Eigentümers entfalle.<sup>61)</sup> Diese Auffassung kann sich auf eine Formulierung in dem Urteil vom 22.3.1934<sup>62)</sup> berufen, derzufolge es für die Frage der Wirksamkeit der Vorauszahlung allein darauf ankommt, "wann nach dem Vertrag der Pachtzins zu zahlen war und demgemäß gezahlt worden ist." - Im einzelnen wird diese Meinung wie folgt begründet: Soweit der Mieter durch die Leistung des sofort fälligen Finanzierungsbeitrages den Mietzins im voraus beglichen habe, könne für die Dauer des Vertrages kein Entgelt mehr fällig werden.<sup>63)</sup> Der Rechtsnachfolger könne aber nur den während der Dauer seiner Berechtigung fällig werdenden Mietzins verlangen, nicht aber einen Teil des bereits vorher fällig gewordenen. Maßgebend sei also die Fälligkeit, nicht indessen die Zeit der Berechtigung, für die die einzelnen Mietzinsraten das Entgelt bilden.<sup>64)</sup>

Diese Auffassung läuft darauf hinaus, nur derartige Vorauszahlungen unter die §§ 573, 574 BGB fallen zu lassen, die erst nach dem Eigentumsübergang fällig gestellt sind. Wie in anderem Zusammenhang bereits ausgeführt,<sup>65)</sup> wird der Mieter regelmäßig nur eine fällige Leistung erbringen, d.h. nur dann im voraus zahlen, wenn er dazu vertraglich verpflichtet ist, so daß die Anwendung der einschlägigen Vorschriften auf die Ausnahmefälle beschränkt bliebe, in denen der Mieter einen noch nicht fälligen Zins im voraus bezahlt. Im übrigen wird durch ein "Rechtsgeschäft in Ansehung der Mietzinsforderung" für spätere Zeit, dessen Einschränkung § 574 BGB ausspricht, stets die Fälligkeit der Mietraten auf den Zeitpunkt der Entrichtung vorgezogen, so daß diese Bestimmung jeder Anwendungsmöglichkeit entzogen würde.<sup>66)</sup>

---

61) Vgl. Bachmann ZMR 61/33 (35); Pergande NJW 51/737 (742); Lewald MDR 55/323 (325).

62) RGZ 144/194 (198)

63) Vgl. Staudinger - Kiefersauer § 574 Anm. 11

64) Vgl. Oertmann § 574 Anm. 1 d

65) Vgl. S. 78 u. 81

66) Offensichtlich veranlaßt dieses unmögliche Ergebnis Heck - Schuldrecht S. 316 - zu der drastischen Folgerung: "Ein Gesetzgeber müßte von allen guten Geistern verlassen sein, wenn er von einer "Entrichtung des Mietzinses" ohne jede Einschränkung reden und dabei die Entrichtung als fällig geschuldeter Zinsen nicht einbeziehen wollte."

Der Gesichtspunkt der Fälligkeit dürfte als entscheidendes Kriterium damit ausfallen.

Die eingangs aufgeworfene Frage, ob eine vertraglich vereinbarte Mietvorauszahlung nicht unter die Verfügungsbeschränkungen der §§ 573, 574 fällt, dürfte damit für den Fall des Erwerbers entschieden sein: Entstehungsgeschichte, Wortlaut und logischer Zusammenhang deuten darauf hin, daß diese Bestimmungen dem neuen Eigentümer des Mietobjektes den Mietzins als Ertrag des Grundstücks sichern wollen und damit der in § 571 I BGB enthaltene Grundsatz zugunsten des Erwerbers eingeschränkt werden sollte, wonach dieser Rechte und Verpflichtungen aus dem Mietverhältnis so übernimmt, wie sie zum Zeitpunkt des Eigentumsübergangs bestehen. Eine Drittwirkung der normalen Mietvorauszahlung ist daher grundsätzlich durch das in den vorbezeichneten Bestimmungen enthaltene Vorauserhebungsverbot ausgeschlossen. Die entgegenstehende herrschende Meinung, die sich auf die reichsgerichtliche Rechtsprechung bezieht, ist abzulehnen, da sie zu wenig interessengerechten, willkürlich erscheinenden Ergebnissen und letztlich auch zu einer Ausschaltung der gesetzlichen Regelung führt. -

Damit kann ferner festgehalten werden:

Für die Frage der Wirksamkeit eines entrichteten Baukostenzuschusses gegenüber dem neuen Eigentümer des Mietobjekts ist es unerheblich, daß die Zuschußleistung auf einer mietvertraglichen Vereinbarung beruht. Eine Drittwirkung des Finanzierungsbeitrages des Mieters läßt sich aus diesem Gesichtspunkt nicht herleiten.

Ob diese Feststellung Anspruch auf Allgemeingültigkeit erheben kann, also nicht nur beim Eigentümerwechsel durch Veräußerung oder Zwangsversteigerung zutrifft, sondern auch im Fall des Hypothekengläubigers und Konkursverwalters, soll im folgenden untersucht werden.

Diese Erörterung erscheint nicht nur zur Überprüfung des bisher gefundenen Ergebnisses erforderlich, sie ist es auch im Hinblick darauf, daß teilweise die Meinung vertreten wird, diese beiden Gruppen - §§ 573, 574 BGB, 57 b ZVG einerseits und die §§ 1124 BGB, 148 ZVG, 21 Abs. 2 KO andererseits - erforderten eine unterschiedliche Behandlung.<sup>67)</sup>

---

67) So ist auffällig, daß die meisten Kommentare vertraglich vereinbarte Mietvorauszahlungen von der Verfügungsbeschränkung der §§ 573, 574 BGB, 57, 57 b ZVG ausnehmen, - vgl. Staudinger - Kiefersauer § 573 Anm. 11, § 574 Anm. 11; Steiner - Riedel §§ 57 - 57 d Anm. 6 g; Erman - Schopp Vor § 573 -; Palandt - Gramm § 573 Anm. 1 b; - während diese Auffassung zu § 1124 II BGB überwiegend abgelehnt wird, vgl. Staudinger - Scherübl § 1124 Anm. 16 b; Wolff - Raiser § 135 Anm. 30; Westermann § 99 I; Baur § 39 V; Erman - Westermann § 1124, 2 - s. a. Schopp in ZMR 54/353; Pesenacker S. 76, OLG Nürnberg - DRPfl 55/188.

### 3) Baukostenzuschuß und Hypothekengläubiger

Nach § 1124 II BGB ist die Verfügung über den Mietzins dem Hypothekengläubiger gegenüber unwirksam, soweit sie sich auf die Miete für eine spätere Zeit, als den zur Zeit der Beschlagnahme laufenden Kalendermonat bezieht. Es stellt sich also die Frage: Liegt in der Entrichtung der als Baukostenzuschuß geleisteten Mietvorauszahlung eine Verfügung im Sinne dieser Vorschrift oder ist die Vorleistung des Mieters - weil im Mietvertrag vereinbart - von der Verfügungsbeschränkung ausgenommen und dem Grundstücksgläubiger gegenüber wirksam?<sup>1)</sup> - Ob vertragsgemäße Vorauserhebungen von § 1124 II BGB nicht erfaßt werden, wird im wesentlichen von dem Normzweck abhängen, von der Ermittlung des Rechtsschutzes, den der Gesetzgeber mit dieser Regelung erreichen wollte.

Bereits bei der kurzen Vorstellung der einzelnen Tatbestände, die Vorausverfügungen über Mietzins regeln, wurde auf den Grundgedanken der §§ 1120 ff. BGB hingewiesen: Das Grundstück muß als nutzbare Einheit behandelt werden, wenn es im Geschäftsverkehr praktisch verwertbar sein soll.<sup>2)</sup> Daher werden von der Haftung für eine Hypothek oder Grundschuld außer dem belasteten Grundstück auch diejenigen Gegenstände erfaßt, die zur Bewirtschaftung des Grundstücks erforderlich sind und die sich aus seiner Nutzung ergeben. So erstreckt sich nach § 1120 BGB die Haftung auf die Bestandteile und Erzeugnisse, insbesondere also auf die natürlichen Früchte des Grundstückes. Da im Falle der Vermietung und Verpachtung eine unmittelbare Fruchtziehung nicht möglich ist, der Hypothekengläubiger darüber hinaus auch nach erfolgter Beschlagnahme bestehende Miet- und Pachtverhältnisse gegen sich gelten lassen muß,<sup>3)</sup> haften dem Prinzip der Surrogation folgend nach § 1123 Abs. I BGB auch Miet- und Pachtzinsforderungen als mittelbare Rechtsfrüchte und

---

1) Für die Wirksamkeit des Baukostenzuschusses dem Hypothekar gegenüber aus dem Gesichtspunkt der vertragsgemäßen Vorauszahlung:  
Roquette, Mietrecht S. 201 ff.; OLG Celle NdsRpfl. 52/168 (169); LG Hamburg MDR 51/293; LG Köln WM 52/58;  
LG Köln MDR 52/163; LG Köln WM 53/7

2) Vgl. Westermann § 97 I 2; III

3) Vgl. § 21 III ZVG

Ertrag des Grundstückes für die Hypothek.<sup>4)</sup>

Der Gesetzgeber ließ sich bei dieser Regelung insbesondere von dem Gedanken leiten, **Wesen** und damit Bedeutung des Realkredits läge hauptsächlich darin, daß dem Gläubiger die Sicherheit, die er durch die Eintragung einer Hypothek erlangt hat, bis zu deren Tilgung erhalten wird. Um dieses Ziel zu erreichen, müsse das Grundstück nicht nur in seinem rechtlichen, sondern auch in seinem die Sicherheit beeinflussenden wirtschaftlichen Bestande dem dinglichen Recht des Gläubigers unterworfen werden.

Die Hypothek sei daher nicht auf die nach römischem Recht haftenden Gegenstände zu beschränken, sondern auf alle, die die wirtschaftliche Substanz ausmachten, namentlich also auf die an die Stelle der Früchte tretenden Pacht- und Mietzinsforderungen auszudehnen.<sup>5)</sup>

Eindeutig im Interesse der Sicherheit des Realkredites wurde also in § 1123 Abs. I BGB die generelle Haftung jeglicher Miet- und Pachtzinsforderung ausgesprochen. Die Bestimmung folgt damit dem Grundsatz der unbeschränkten Haftung, wie er in § 30 des Preußischen Gesetzes über den Eigentumserwerb vom 5.5.1872<sup>6)</sup> zum Ausdruck kam. Danach haftete eine derartige Forderung dem Hypothekengläubiger mit Eintragung der Hypothek "und zwar ohne jede Einschränkung, insbesondere ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt der Fälligkeit."<sup>7)</sup> - Im Prinzip ist diese Haftung also ausschließlich an das Bestehen einer Hypothek sowie eines Miet- oder Pachtverhältnisses geknüpft.<sup>8)</sup> - Besteht das Mietverhältnis bereits, so entsteht die Haftung mit Bestellung der Hypothek; ist die Hypothek eher eingetragen, so beginnt die Haftung mit Abschluß des Mietvertrages.

---

4) Vgl. Wolff - Raiser § 135 IV

5) Vgl. Motive III S. 650 f.

6) Gesetzesammlung für die Königlichen Preußischen Staaten 1872/433 (438)

7) Vgl. Motive III S. 658, Staudinger - Scherübl § 1123 Anm. 2

8) RGZ 81/150

Diese universelle Haftung der Mietzinsforderung wurde vom Gesetzgeber anderen Regelungen vorgezogen, die eine Beschränkung der Haftung auf den fälligen Mietzins vorsahen oder eine derartige Belastung überhaupt erst für den Fall der Zwangsverwaltung bestimmten.<sup>9)</sup> Im Hinblick auf das Prinzip der Haftung "schließt sich der Entwurf dem preußischen Gesetz an ... Wenn die dem Pächter zufallenden Früchte von der Hypothek nicht ergriffen werden, so muß die Pachtzinsforderung an die Stelle der Früchte treten, da sonst die Sicherheit, welche die Hypothek dem Gläubiger gewähren soll, erheblich gefährdet werden, hierunter aber der Realkredit des Eigenthümers leiden würde. Von diesem Standpunkte haftet die Pachtzinsforderung gerade so, wie die Früchte haften, wenn das Grundstück nicht verpachtet ist. In dieser Analogie liegt kein Moment, welches die Beschränkung der Haftung auf die zur Zeit der Verwirklichung des dinglichen Rechts noch nicht fälligen oder auf die erst später erwachsenden Zinsraten zu rechtfertigen vermöchte."<sup>10)</sup>

Mit dieser Schlußfolgerung wird noch einmal unzweideutig auf den Grundsatz der unbeschränkten Haftung, wie er oben entwickelt wurde, hingewiesen. - Für die aufgeworfene Frage wesentlich ist insbesondere die ausdrückliche Feststellung des Gesetzgebers, daß es in der Frage der Haftung für die Hypothek auf die Fälligkeit der Forderung überhaupt nicht ankommt, und damit auch nicht auf die Unterscheidung zwischen Forderungen, die sich aus dem ursprünglichen Vertrag ergeben und erst später begründeten.

Die Entstehungsgeschichte der §§ 1123, 1124 BGB spricht damit eindeutig gegen die Auffassung, vertraglich vereinbarte Vorauszahlungen des Mieters seien von der Verfügungs-

---

9) Vgl. Motive III S. 657 f. - Die Haftung nur fälliger Forderungen bestimmten danach u.a. § 32 des Hamburgischen Gesetzes über Grundeigentum sowie die Pfandgesetze von Hessen, Württemberg und Weimar.

10) S. Motive aaO S. 658

beschränkung ausgenommen.<sup>11)</sup>

Die Regelung dieser Vorschriften läßt sich allein aus dem Prinzip der generellen Haftung aller Mietzinsforderungen erklären.

Der Gesetzgeber hatte nämlich klar erkannt, daß eine strikte Durchführung dieser Regel zu einer schwerwiegenden Beeinträchtigung der Interessen des Grundstückseigentümers an einer ordnungsgemäßen Nutzung führen mußte. Waren doch damit sämtliche Rechtsgeschäfte über Mietzinsforderungen praktisch unmöglich gemacht, auch über solche, die das Entgelt für längst verflossene Mietzeiträume darstellten.

Im berechtigten Interesse des Eigentümers galt es daher, ein Kriterium für die Enthftung der Mietzinsforderung zu finden, das gleichzeitig das Sicherheitsbedürfnis des Hypothekars nicht gefährdete.

- 
- 11) Bemerkenswert dürfte ist die rechtliche Begründung dieser Ansicht für den Fall des § 1124 Abs. II BGB bei allen ihren Vertretern. So beruft sich z.B. das OLG Karlsruhe - Urt. v. 14.7.1930 - JW 30/2986 - fast ausschließlich auf den gleichen Wortlaut der §§ 1124 und 574 BGB, die eine rechtliche Gleichbehandlung erforderlich machten. Mit keinem Wort wird hingegen auf die Systematik der §§ 1120 ff. eingegangen - vgl. auch OLG Königsberg in DWA 32/465, OLG Celle - NdsRpfl. 52/168 (169).

Eine interessante Variante der vorbezeichneten Meinung bringt die These des OLG Königsberg - aaO -, die Frage der Wirksamkeit der Vorausentrichtung des Mietzinses sei davon abhängig, ob die Hypothek vor oder nach dem Zeitpunkt der Tilgung begründet worden sei. Diese Unterscheidung beruht auf folgender Erwägung: Die Haftung der Forderung beginne mit Eintragung der Hypothek. Wenn zu diesem Zeitpunkt die Forderung bereits durch Tilgung erloschen sei, sei damit der haftungsbegründende Gegenstand entfallen. - Ähnlich auch die OLG Frankfurt - HRR 29/2035 und Hamm - JW 32/3207 -. So zwingend die Argumentation zunächst erscheinen mag, verkennt sie doch völlig den Grundsatz der universellen Haftung, der lediglich auf das Bestehen einer Hypothek und eines Mietverhältnisses abgestellt. - Ablehnend mit abweichender Begründung auch Janßen - S. 16 ff., Boeck - Mietgericht 31/175.

Für die natürlichen Früchte hatte man als Tatbestandsmerkmal der Enthftung die Veräußerung und Entfernung vom Grundstück bestimmt - § 1121 BGB, da die Rücksicht auf die Sicherheit der Hypothek lediglich gebiete, dem Gläubiger die Möglichkeit zu geben, die Erzeugnisse zum Zwecke seiner Befriedigung in Beschlag nehmen zu lassen, "solange dieselben noch als Erweiterungen des Grundstücks angesehen werden können."<sup>12)</sup>

Auf der Trennung von Forderung und Grundstück im Falle der Einziehung, Übertragung und Belastung beruht letztlich auch die in § 1124 Abs. I BGB enthaltene Bestimmung, daß über die Mietzinsforderung solange frei verfügt werden kann, bis sie zugunsten des Hypothekengläubigers in Beschlag genommen ist. Der Grundsatz der generellen Haftung jedes derartigen Anspruches, wie er in § 1123 Abs. I BGB normiert ist, wird also in § 1124 Abs. I BGB entscheidend durchbrochen, wenn dem Eigentümer vor der Beschlagnahme die freie Verfügungsmacht eingeräumt wird.

Daß dieses Prinzip der freien Verfügungsmacht im Interesse des Hypothekars einer Einschränkung bedurfte, liegt auf der Hand. Denn dem Eigentümer wird damit praktisch die Möglichkeit gegeben, durch Einziehung und Abtretung zukünftiger Mietzinsforderungen dem Grundstück das wirtschaftliche Fundament zu nehmen und damit die Sicherheit der Reallast zu untergraben.

Das Gesetz enthält daher eine Modifikation des im § 1124 Abs. I BGB enthaltenen Grundsatzes in zwei Richtungen. - Die eine Einschränkung bringt eine Erweiterung der Rechte des Eigentümers im Hinblick auf eine fällige Forderung. So bestimmt § 1123 Abs. II BGB, daß die Haftung der Forderung erlischt, wenn seit ihrer Fälligkeit ein Jahr vergangen und bis dahin keine Beschlagnahme erfolgt ist. In der Begründung zu dieser Vorschrift wird im übrigen nochmals ausdrücklich betont, daß "der Eintritt der Fälligkeit einer dem Hypothekengläubiger haftenden Forderung als ein diese

---

12) Vgl. Motive III S. 661

Haftung aufhebendes Ereignis nicht anzusehen ist.<sup>13)</sup>  
Diese Regelung beruhe lediglich auf dem Gedanken, daß die Haftung älterer Rückstände nicht selten schärfer als nötig in die wirtschaftliche Freiheit des Grundstückseigentümers eingreife. Im übrigen gebe der Gläubiger, der längere Zeit von einer Beschlagnahme derartiger Rückstände absehe, zu erkennen, daß er sich an diese nicht halten wolle.

Die andere Modifikation betrifft Mietzinsforderungen, die das Entgelt für die Zeit nach der Beschlagnahme ausmachen, und stellt eine Beschränkung des Verfügungsrechts dar, die zugunsten des Hypothekars notwendig ist - § 1124 Abs. II BGB.

Aufschlußreich für die Ermittlung des Normzwecks ist die gesetzgeberische Begründung dieser Regelung: Das Interesse des Hypothekars sei hinlänglich gewahrt, wenn das Gesetz dafür Sorge, daß ihm der Zins nicht für eine längere Zeit nach der Beschlagnahme entzogen werden könne, als sie mit der Frist des § 1124 Abs. II BGB bestimmt sei.<sup>14)</sup>

Aus diesen Erwägungen des Gesetzgebers dürfte sich eindeutig ergeben, daß er von dem Prinzip der Verfügungsfreiheit über den Mietzins im Falle der Beschlagnahme des Grundstückes zugunsten des Hypothekengläubigers bewußt hat abweichen wollen. Das Interesse des Hypothekars soll ausdrücklich dahingehend berücksichtigt werden, daß ihm der Mietzins für die Zeit nach der Beschlagnahme - abgesehen von einer kurzen Frist - sicher ist.<sup>15)</sup> - Auf den Zeitpunkt der Fälligkeit sowie die Art der Begründung der Mietzinsforderung kann es daher nicht ankommen.<sup>16)</sup>

---

13) Vgl. Motive III S. 664

14) Vgl. Motive aaO

15) Diese Absicht der Gesetzgebung kommt auch bei der wiederholten Verkürzung der Schonfristen unzweideutig zum Ausdruck. - Vgl. amtliche Begründung zu § 12 der NotVO v. 26.5.1933 (RGBl 305)

16) Ebenso Wolff - Raiser § 135 Anm. 30; Planck - § 1124; 2, Heck - Schuldrecht § 101, 7; Wilhelm - Vogel - Zeller § 57 b Anm. 19; - vgl. auch Oppenheim - JW 33/889, Brandis - JW 33, 882, OLG Bremen in DRPf 55/71 ff, BGHZ 37/346 ff.

Diese Schlußfolgerung, die aus der Systematik der §§ 1120 ff. BGB gewonnen wurde, dürfte auch einzig mit dem klaren Wortlaut des § 1124 Abs. II BGB zu vereinbaren sein.<sup>17)</sup> - "Mietzins für eine spätere Zeit als den zur Zeit der Beschlagnahme laufenden Kalendermonat" - so der Wortlaut in § 1124 Abs. II - ist nicht der in dieser Zeit fällig werdende; es ist damit vielmehr der Mietzins gemeint, der das Entgelt für die Raumüberlassung in diesem Zeitraum bildet. Das folgt aus § 1123 Abs. II S. 2; auch diese Bestimmung spricht von dem "Mietzins für eine spätere Zeit als den zur Zeit der Beschlagnahme laufenden Kalendermonat." Da es sich in § 1123 Abs. II S. 2 BGB um eine Regelung für Mietzins handelt, der im voraus fällig ist, kann hier mit "Mietzinsen für eine spätere Zeit" nicht die in diesem Zeitraum fällige Miete gemeint sein, sondern nur die, die das Entgelt für die Gebrauchsüberlassung in dieser Zeit darstellt. Bei dem engen Zusammenhang und dem insoweit gleichen Wortlaut der §§ 1123 und 1124 muß es als abwegig erscheinen, die gleiche Sentenz in beiden Vorschriften unterschiedlich auszulegen. - Im übrigen ist in § 1124 BGB mit keinem Wort von einer Beschränkung der Anwendbarkeit auf fällige Mietzinsforderungen die Rede.<sup>18)</sup>

Die in den §§ 1120 ff BGB zum Ausdruck gekommene Interessenwertung rechtfertigt es demnach nicht, vertragsgemäße Mietvorauszahlungen von der Verfügungsbeschränkung des § 1124 II BGB auszunehmen.

- 
- 17) Unter Berufung auf eine logische Auslegung ebenso: KG v. 30.7.1936 - JW 36/3133, OLG Hamm v. 23.4.1932 - JW 32/3207, LG Leipzig v. 5.7.1933 - JW 33/2232
- 18) Wo der Gesetzgeber auf die Fälligkeit abstellt, hat er dieses regelmäßig auch ausgesprochen.  
- Vgl. § 1158 BGB

4) Keine Drittwirkung des Baukostenzuschusses bei  
Anwendung allgemeiner Mietzinsgrundsätze

Die Untersuchung der §§ 1120 ff. BGB bestätigt das zuvor im Falle des Erwerbers ermittelte Ergebnis: Mietvorauszahlungen sind dem Rechtsnachfolger des bisherigen Eigentümers wie den übrigen Zugriffsberechtigten gegenüber grundsätzlich unwirksam; dies gilt insbesondere auch dann, wenn die Vorleistung des Mieters aufgrund einer entsprechenden Abrede im Mietvertrag erfolgte.

Die Drittwirkung des Baukostenzuschusses läßt sich also nicht damit begründen, daß seine Hingabe bei Begründung des Mietverhältnisses zwischen Vermieter und Mieter vereinbart wurde. Die gegenteilige Ansicht wird dem Gesetz nicht gerecht.

Soweit sich die Vertreter dieser Meinung auf den Sinn und Zweck des Gesetzes berufen, verkennen sie das vom Gesetzgeber bei der Abwägung der zu berücksichtigenden Interessen getroffene Werturteil. Diese Auffassung führt in allen aufgezeigten Varianten zu Ergebnissen, die den mit den Verfügungsbeschränkungen beabsichtigten Interessenschutz in Frage stellen.

Bei Vorausverfügungen über den Mietzins treffen die Interessen des Mieters und die der Drittberechtigten aufeinander.<sup>1)</sup> Fordern der Schutz des Mieters sowie die Belange des Vermieters die generelle Wirksamkeit derartiger Rechtsgeschäfte, so liegt darin gleichzeitig eine Gefährdung der berechtigten Interessen von Erwerber und Ersterher, Hypotheken- und Konkursgläubiger. Als Ausgleich dafür, daß diese bestehende Mietverhältnisse gegen sich gelten lassen müssen und dadurch die eigene Nutzungsmöglichkeit des Grundstücks verlieren, soll ihnen der auf die Zeit ihrer Berechtigung entfallende Mietzins als Ertrag des Mietobjektes garantiert sein. Diese Absicht ließ sich nur dadurch erreichen, daß man die Verfügungsbeschränkung der einschlägigen Vorschriften auf sämtliche Voraussetzungen von Mietzins erstreckte, die sich als vorzeitige,

---

1) S. o. S. 52 f

dem Zugriffsberechtigten gegenüber nachteilige Fruchtziehung erwiesen.

Am deutlichsten ergeben sich der Normzweck und das von dem Gesetzgeber getroffene Werturteil aus der Regelung der §§ 1123, 1124 BGB. Wie insbesondere anhand der Entstehungsgeschichte und der Systematik dieser Vorschriften nachgewiesen wurde, erschien es im Interesse des Hypothekengläubigers dringend erforderlich, diesem von einem bestimmten Zeitpunkt an den Mietzins als wirtschaftlichen Ertrag des Grundstücks zu sichern. Diese Entscheidung beruht auf der rechtspolitischen Erwägung, daß eine Wirksamkeit von Mietvorauszahlungen gegenüber dem Hypothekar zwangsläufig zu einer Erschütterung des Realkredites und damit zu einer allgemeinen Gefährdung einer geordneten Grundstückswirtschaft führen muß. Dieses Argument hat auch heute noch nichts von seiner ursprünglichen Bedeutung verloren.<sup>2)</sup>

Selbst wenn man die geänderten sozialen Verhältnisse auf dem Wohnungsmarkt in Rechnung stellt - und damit bei der Vorbereitung einer sachgerechten Entscheidung des Problems das Primat der Lebensforschung und -wertung bejaht,<sup>3)</sup> - kann das Merkmal der "Vertragsmäßigkeit" eine Ausnahmebehandlung des Baukostenbeitrages nicht rechtfertigen.

Wie durch die bisherige Untersuchung deutlich geworden ist, erfolgt nahezu jede Vorausentrichtung des Mietzinses aufgrund einer entsprechenden vertraglichen Vereinbarung zwischen Mieter und Vermieter. - Die abgelehnte Ansicht würde also nicht einer Angleichung des Gesetzes an geänderte Lebensverhältnisse dienen, sondern praktisch zu einer Aufhebung der Verfügungsbeschränkungen führen und damit zu einem Ergebnis, das von niemandem ernstlich gefordert wird. Sie ist zur Lösung der Frage, die den Kern dieser Arbeit bildet, somit nicht geeignet.

---

2) Der gleiche Gedanke findet sich in § 56 S. 2 ZVG, der bestimmt, daß die Nutzungen des Grundstückes dem Ersterer vom Zuschlag an zustehen.

3) Über dessen Erfordernis zur Erkenntnis der normativen Wirkung vgl. Heck - Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz S. 4

Insbesondere lassen sich aus der allgemeinen Mietzinsrechtsprechung keine Einschränkungen der die Vorausverfügung erschwerenden Vorschriften zugunsten des Mieters entnehmen, der einen Finanzierungsbeitrag zu der Herstellung von Wohnraum geleistet hat. - Soweit sich die Vertreter der Gegenmeinung<sup>4)</sup> auf eine ständige und gefestigte Rechtsprechung des Reichsgerichts berufen, muß dem nach dem Ergebnis der bisherigen Untersuchung entgegengehalten werden, daß von einer einheitlichen Rechtsprechung dieses Gerichts in der behandelten Frage nicht gesprochen werden kann, sondern eher von einem "beständigen Schwanken nicht nur im Ergebnis und in der Begründung, vielmehr auch in der Methode, in der subtilste, juristische Unterscheidungen mit wirtschaftlicher Betrachtungsweise abwechseln."<sup>5)</sup>

Damit kann abschließend folgende Feststellung getroffen werden, wie sie aus dem Wortlaut, dem logischen und historischen Zusammenhang sowie dem Zweck des Gesetzes als maßgeblichen Auslegungskriterien gewonnen wurde:

Die Verfügungsbeschränkungen der §§ 573, 574 BGB, 1124 II BGB finden auf Mietvorauszahlungen unabhängig davon Anwendung, ob die Vorleistung des Mieters aufgrund einer entsprechenden vertraglichen Vereinbarung erfolgte. In der Entrichtung eines Baukostenzuschusses liegt stets auch eine Verfügung im Sinne dieser Vorschriften. Das Kriterium der "Vertragsgemäßheit" vermag deshalb eine Ausnahme von der in ihnen enthaltenen gesetzlichen Regelung für Baukostenbeiträge des Mieters nicht zu rechtfertigen.

Neben diesem Zwischenergebnis hat die bisherige Untersuchung wiederholt ergeben, daß mit den gesetzlichen Verfügungsbeschränkungen stets der gleiche wirtschaftliche Zweck verfolgt wird:

Dem Erwerber und Ersterher, dem Hypothekar und Konkursgläubiger soll der auf die Zeit ihrer Berechtigung entfallende Mietzins als Ertrag des Mietobjektes zustehen und sicher sein.

---

4) Vgl. S. 70 Anm. 4

5) So Bettermann ZMR 52/29 (33) Anm. 14

5) Gleichbehandlung sämtlicher Vorauserhebungstatbestände

Die in allen Fällen übereinstimmende Interessenlage und der gemeinsame Normzweck der §§ 573, 574, 1124 II BGB, 57 b ZVG, 21 II KO legen den Schluß nahe, daß der Gesetzgeber den Interessenkonflikt zwischen Mieter und Vermieter einerseits sowie den Drittberechtigten einheitlich hat regeln wollen.

Dabei ist die Vermutung naheliegend, daß die Frage der Wirksamkeit von Mietvorauszahlungen im allgemeinen, wie auch das Problem der Drittwirkung von Baukostenzuschüssen für alle in Betracht kommenden Fälle nur einheitlich entschieden werden kann.<sup>6)</sup>

Für die gleichartige Behandlung des Problems in der Zwangsversteigerung und im Konkurs spricht nicht nur der nahezu gleiche Wortlaut der einschlägigen Vorschriften, sie ergibt sich vielmehr zwangsläufig aus der Systematik des Gesetzes.

Im Falle des Erstehers des Grundstückes in der Zwangsversteigerung finden nach § 57 ZVG die §§ 573 S. 1, 574 BGB auf dessen Verhältnis zum Mieter entsprechende Anwendung. Daraus folgt eindeutig, daß der Gesetzgeber den Erwerber im freihändigen Verkauf und den Ersterher gleich behandeln wollte. Dasselbe gilt nach § 21 Abs. 3 KO für den Fall einer vom Konkursverwalter vorgenommenen Veräußerung des Grundstückes. Diese Vorschrift verweist über § 57 ZVG ebenfalls auf die §§ 571 ff. BGB.<sup>7)</sup>

- 
- 6) So für den Baukostenzuschuß die überwiegende Ansicht: Vgl. Roquette, Mietrecht S. 201 ff.; Nagel DRpf1 52/224 (230); Pergande NJW 51/4737 (742); Schuster MDR 60/181 (184); Lewald MDR 55/323 (325); Granz JR 60/124 (128) BGH NJW 52/867 (868). - AA Schopp ZMR 54/353 (354), dessen Auffassung bereits in anderem Zusammenhang abgelehnt wurde, vgl. S. 86 Anm. 55.  
Vgl. auch Mittelstein JW 32/3207; Oppenheim JW 33/898 (891); Legart JW 33/1736
- 7) Bei der Beratung der §§ 571 ff. BGB nehmen die Protokolle - II S. 146 - wiederholt auf den Parallelfall des Hypothekengläubigers Bezug, der bereits vorher beraten war.

In § 21 Abs. 2 KO, der die Wirksamkeit der Vorausverfügungen über den Mietzins gegenüber der Konkursmasse regelt, ist die Rechtsstellung des Konkursgläubigers derjenigen der Hypothekengläubiger angeglichen worden.<sup>8)</sup>

Diese Bestimmung ist den §§ 1123, 1124 BGB nachgebildet; mit ihr sollte der amtlichen Begründung zufolge den Konkursgläubigern derselbe Schutz zuerkannt werden, wie ihn die Hypothekengläubiger nach § 1124 BGB genießen.<sup>9)</sup>

Daß der Fall des Zwangsverwalters in gleicher Weise wie der des Grundstücksgläubigers zu behandeln ist, folgt schon aus der Tatsache, daß der Zwangsverwalter lediglich dessen Rechte geltend macht.

Zum Beweis für den Willen des Gesetzgebers, sämtliche Vorausserhebungstatbestände gleich zu regeln, sei abschließend noch auf das Gesetz über die Einschränkung der Verfügungen über Miet- und Pachtzinsforderungen vom 8.6.1915<sup>10)</sup> hingewiesen. Wie bereits erwähnt, diente dieses Gesetz insbesondere dem Zweck, durch Verkürzung der Schonfristen eine Gefährdung des Realkredites zu verhindern.<sup>11)</sup> Dieser Zweck wäre zweifellos erreicht worden, wenn man lediglich in der entsprechenden Bestimmung, § 1124 BGB, eine Fristverkürzung vorgenommen hätte. Der Gesetzgeber begnügte sich damit jedoch nicht, sondern setzte in allen Fällen die Frist herab, - ein untrügliches Zeichen für seine Absicht, alle in Betracht kommenden Fälle gleich zu behandeln.

Die gleiche Interessenregelung in allen einschlägigen Bestimmungen legt den Schluß nahe, daß die Frage der Wirksamkeit des als Mietvorauszahlung geleisteten Baukostenzuschusses gegenüber Erwerber und Ersteher, Hypothekar und Konkursgläubiger einheitlich zu entscheiden ist.

---

8) Vgl. RGZ 127/116; - Jaeger - § 21 Anm. 6, 9

9) Vgl. Drucks. Nr. 100 des Reichstages 1897/98 - S. 30

10) RGBl 15/327

11) s. S. 79

C. Der Baukostenzuschuß als werterhöhende Vorleistung des Mieters.

In der bisherigen Untersuchung wurde die Frage der Wirksamkeit des Baukostenzuschusses gegenüber den Drittberechtigten unter Gesichtspunkten geprüft, die auch auf Mietzins zutreffen, der nicht als Zuschuß zu den Kosten des Mietobjektes erbracht wurde. Denn das Kriterium der "Vertragsmäßigkeit" der Vorauserhebung ist keine besondere Eigenart des Finanzierungsbeitrages; eine Mietvorauszahlung aufgrund vertraglicher Vereinbarung ist vielmehr auch bei jedem normalen Mietverhältnis denkbar. Diese auf die angeführte reichsgerichtliche Rechtsprechung gestützte Ansicht, der Baukostenzuschuß sei von den Verfügungsbeschränkungen der §§ 573, 574, 1124 II BGB, 21 II KO ausgenommen, weil seine Leistung bereits im Mietvertrag vorgesehen ist, geht deshalb auch nicht näher auf die besondere wirtschaftliche Zweckbestimmung des Baukostenbeitrages ein.

Die Untersuchung hat ergeben, daß sich auf diesem Wege eine Ausnahme von den gesetzlichen Verfügungsbeschränkungen und damit eine Drittwirkung des Baukostenbeitrages nicht erreichen läßt. - Die Wirksamkeit des als Mietzins geleisteten Baukostenzuschusses gegenüber Erwerber und Ersteher, Hypotheken- und Konkursgläubiger kann sich nur aus seiner besonderen wirtschaftlichen Eigenart, d.h. aus dem speziellen Zweck ergeben, den Vermieter und Mieter mit ihm verfolgten.

1. Das Merkmal der Sachwertsteigerung

Im Unterschied zum gemeinen Mietzins ist es für den Baukostenbeitrag typisch, daß er in das Mietobjekt investiert wird. Mit seiner Hilfe wird der Mietraum überhaupt erst geschaffen. Er macht vielfach die Bebauung des Grundstücks erst möglich und trägt damit dazu bei, dessen Wert zu erhöhen. Man kann also sagen, durch die Zuschußleistung des Mieters wird der Sachwert des Grundstücks entsprechend gesteigert.

Eine Ausnahmebehandlung des Baukostenzuschusses in der Frage der Drittwirkung von Mietvorauszahlungen kann nur aufgrund seiner wirtschaftlichen Eigenart gerechtfertigt sein. Denn insbesondere die wirtschaftliche Zweckbestimmung, daß die Zuwendung zur Deckung der Erstellungskosten des Mietobjektes dienen soll, läßt es allgemein als unbillig erscheinen, den Mieter, der einen derartigen Zuschuß geleistet hat, im Falle des Eigentümerwechsels oder der Beschlagnahme des Grundstücks mit einer nochmaligen Bezahlung der Miete zu belasten.

Aufgrund der erwähnten wirtschaftlichen Funktion des Finanzierungsbeitrages hat sich eine Sonderrechtsprechung des Bundesgerichtshofes entwickelt, die den als Mietvorauszahlung geleisteten Baukostenzuschuß von den Verfügungsbeschränkungen ausnimmt und den Zugriffsberechtigten gegenüber als wirksam ansieht. Diese Rechtsprechung verkennt nicht, daß in der Hingabe des Zuschusses grundsätzlich eine Vorausserhebung der Miete liegt. Seine Sonderbehandlung wird ausschließlich damit gerechtfertigt, daß er "den Sachwert des Grundstücks steigert."<sup>1)</sup> Diese Auffassung wurde von einem Teil des Schrifttums und zahlreichen Gerichten übernommen, so daß sie nunmehr als in der Praxis vorherrschend betrachtet werden kann.<sup>2)</sup>

Die Ansicht, daß werterhöhende Mietvorauszahlungen nicht unter die Vorausverfügungen einschränkenden Vorschriften fallen, wurde, soweit ersichtlich, erstmals vom LG Berlin in dem Urteil vom 16.9.1935<sup>3)</sup> vertreten und zur Grundlage einer Entscheidung gemacht. - Dieser lag folgender Sachverhalt zugrunde:

- 
- 1) Vgl. BGH Urt. v. 6.6.52 = BGHZ 6/202 ff (Im Falle des 21 II KO), Urt. v. 3.6.53 = NJW 53/1182 (Zwangsverwalter); Urt. v. 26.11.54 = BGHZ 15/296 ff; Urt. v. 17.12.54 = BGHZ 16/31 ff; Urt. v. 25.11.58 = NJW 59/380 (betrifft § 57 b ZVG); Urt. v. 11.7.62 = BGHZ 37/346 ff; Urt. v. 30.11.66 = NJW 67/555 ff.
  - 2) Vgl. Himmelmann MDR 52/196 (197); Schuster MDR 60/181 (183); Staudinger - Scherübl § 1124 Anm. 16 f.; Roquette Mietrecht S. 203; Jaeger § 21 Anm. 8 - LG Hamburg MDR 51/293; LG Stuttgart NJW 51/927; LG Köln MDR 61/59 - AA OLG Bremen DRpf. 55/69 ff.
  - 3) JW 35/3654 ff. - Vgl. auch das unmittelbar anschließende Urt. desselben Gerichts vom 17.9.1935 - JW 35/3656 f.

Der Mietzins war vertraglich auf 175,-- RM festgesetzt. Um es dem Vermieter zu ermöglichen, das Mietobjekt in einen bewohnbaren Zustand zu versetzen, leistete der Mieter eine Mietvorauszahlung von 2.000,-- RM. Diese Summe sollte er abwohnen. Zwei Monate nach Abschluß dieser Vereinbarung wurde das Grundstück zwangsversteigert. Der neue Eigentümer verlangte sogleich den monatlichen Mietzins von 175,-- RM unter Berufung auf §§ 57, 57 b ZVG, 574 BGB.

Bei der Vorauszahlung handelt es sich der Sache nach um einen Baukostenzuschuß. Denn er ist eine Zuwendung des Mieters, die dazu dient, einen Beitrag zu den Kosten der Instandsetzung von Wohnraum zu leisten. In dem Urteil wird zutreffend betont, daß hier gegenüber dem Normalfall eine Verschiebung des Schwerpunktes der beteiligten Interessen zugunsten des Mieters vorliegt. Aus der Tatsache, daß die Mietvorauszahlung zur Verbesserung des Mietobjektes diene, folgert das Gericht, daß damit die Vorauserhebung letztlich dem Ersterher selbst zugute kommt. Denn dieser hätte die Räume ohne die Vorauszahlung unbewohnbar und damit auch unvermietbar übernommen. Die Entscheidung gipfelt in der Feststellung, die vom Gesetz mißbilligte Vorausernte des Nutzungsentgeltes liege in einem derartigen Fall nicht vor. - Dieses Urteil ist insofern bemerkenswert, als es erstmals die Drittwirkung eines Baukostenbeitrages aus dessen wirtschaftlicher Zweckbestimmung ableitet. Es will im übrigen weniger durch seine rechtliche Argumentation überzeugen, sondern stellt vorwiegend auf das wirtschaftliche und soziale Bedürfnis der Allgemeinheit nach Schaffung und Erhaltung von Wohnraum ab.

Der Bundesgerichtshof wurde mit der Frage der Wirksamkeit des Baukostenzuschusses zunächst im Fall des Konkursgläubigers befaßt - § 21 II KO. Seine Entscheidung vom 6.6.1952<sup>4)</sup> rückte bewußt von der begrifflichen Argumentation des Reichsgerichts ab, nach der eine Vorauszahlung der Miete

---

4) BGHZ 6/202 ff.

dann Rechtsnachfolgern des Vermieters gegenüber wirksam war, wenn sie bereits im Mietvertrag vorgesehen war. Unter Hinweis auf die völlig veränderten Verhältnisse auf dem Wohnungsmarkt fand der BGH einen sachlichen Gesichtspunkt für die Sonderstellung der als Baukostenzuschuß erbrachten Mietzinszahlung: den Gedanken der Sachwertsteigerung. - Da dieser in der Folgezeit zum Stichwort für eine Sonderrechtsprechung wurde, erscheint es gerechtfertigt, die maßgeblichen Teile der Argumentation jener Entscheidung wörtlich zu zitieren, zumal in allen späteren Urteilen auf sie verwiesen wird:<sup>4a)</sup>

"Der durch die beschränkte Wirksamkeit von Mietvorauszahlungen den Hypothekengläubigern gewährte Schutz beruht wirtschaftlich auf dem Gedanken, daß die für die Hypothekenforderung bestehende Sicherheit durch unbeschränkte Vorauszahlungen geschwächt wird und insbesondere zu besorgen ist, daß die vorausgezahlten Beträge, gerade wenn der Grundstückseigentümer in Zahlungsschwierigkeiten kommt, die Zwangsmaßnahmen herbeiführen können, zu grundstücksfremden Zwecken verwendet werden. Das trifft aber beim vorausbezahlten Baukostenzuschuß nicht zu. Er erhöht in der Folge die Sicherheit des Pfandgläubigers, indem seine Verwendung zum Aufbau oder Wiederaufbau des Grundstückes den Sachwert des Grundstückes steigert. Wenn auch der Mietzins infolge der Vorauszahlung zunächst eine Zeit lang gering ist oder möglicherweise ganz ausfällt, so steht doch später eine gegen die Zeit vor der Leistung des Zuschusses erhöhte Miete auch zur Befriedigung des Hypothekengläubigers zur Verfügung".

Den hier anhand des § 1124 II BGB entwickelten Gedanken hat der Bundesgerichtshof später auf alle in Betracht kommenden Fälle ausgedehnt<sup>5)</sup>; das Interesse derer, denen ein Zugriffsrecht am Mietobjekt zusteht, soll deswegen bei der

---

4a) BGH - aaO S. 206

5) Vgl. die Entscheidungen, die auf S. 104 Anm. 1 aufgeführt wurden.

rechtlichen Wertung gegenüber dem Normalfall in den Hintergrund treten, weil diesem Personenkreis der Baukostenzuschuß im Ergebnis zugute komme.

Eine dogmatische Begründung für die Sonderbehandlung des Finanzierungsbeitrages des Mieters in der Frage der Vorausverfügung lassen alle Entscheidungen des BGH vermissen.<sup>6)</sup> Zur Stützung seiner Auffassung beruft er sich lediglich wiederholt<sup>7)</sup> auf einen Gedankengang des Reichsgerichts, der in dessen Urteil vom 6.6.1932<sup>8)</sup> beiläufig anklingt:

Im Rahmen einer Überprüfung eines dogmatisch erarbeiteten Ergebnisses auf seine Billigkeit hin, stellt das Reichsgericht dort abschließend fest: Seine Entscheidung beseitige im übrigen den Mißstand, daß eine vertragsgemäß zur Erhaltung und Erhöhung des Verkehrswertes gemachte und damit der Verbesserung der Realsicherheit dienende Leistung von dem Zwangsverwalter außer Betracht gelassen werden dürfe; sie vermeide somit das Ergebnis, daß der Mieter praktisch die von ihm selbst erbrachte Leistung nochmals entgelten solle. - Im Gegensatz zu der Bedeutung, die der BGH dieser Äußerung offenbar beimißt, muß darauf hingewiesen werden, daß es sich dabei um reine Billigkeitserwägungen handelt, die in keiner Beziehung die Entscheidung tragen.

---

6) Deren Fehlen bemängelt zu Recht Larenz - Schuldrecht Bes. Teil § 44 IV, S. 153 Anm. 2.

7) Vgl. BGH v. 6.6.1952, BGHZ 6/202 ff. und 25.11.1958 NJW 59/380 ff.

8) Vgl. RGZ 137/407 (415)

2) Das Problem der zweckentsprechenden Verwendung

Vor der eigentlichen Prüfung, ob der Gedanke der Sachwertsteigerung es rechtfertigt, den Baukostenzuschuß von den Verfügungsbeschränkungen der §§ 573, 574, 1124 II BGB, 21 II KO auszunehmen, soll noch auf eine besondere Konsequenz hingewiesen werden, zu der die Argumentation des Bundesgerichtshofes zwingt.

Der BGH begründet die Wirksamkeit des Baukostenzuschusses gegenüber Erwerber und Ersterher, Grundstücks- und Konkursgläubiger ausschließlich mit dem sachwertsteigernden Effekt einer derartigen Zuwendung. Dieser sachliche Grund für die Sonderbehandlung ist in dem Fall nicht mehr gegeben, wo der Finanzierungsbeitrag nicht zweckentsprechend verwandt wurde. - Benutzt der Vermieter den Beitrag seiner Zweckbestimmung zuwider etwa zur Finanzierung einer Urlaubsreise oder zum Ankauf eines neuen Pkw, so kann keine Rede mehr davon sein, daß die Mieterleistung zur Wertsteigerung des Grundstücks beiträgt.

Der Bundesgerichtshof hat diese logische Folge seiner Gedankenführung erkannt und seine Rechtsprechung demgemäß modifiziert: Der Baukostenzuschuß muß tatsächlich zum Aufbau oder Ausbau des Mietgrundstücks verwendet worden sein, wenn er den Drittberechtigten gegenüber wirksam sein soll.<sup>1)</sup> Danach ist Voraussetzung für die Ausnahmebehandlung, daß die Vorleistung des Mieters zur Finanzierung des Mietobjektes herangezogen wurde, und sei es auch nur mittelbar dadurch, daß der Vermieter auf diese Weise in die Lage versetzt wurde, anderes Kapital zur Baufinanzierung freizustellen. Denn nur in diesem Fall ist mit Hilfe des Mieters ein Sachwert geschaffen worden, der dem späteren Eigentümer und dem Beschlagnahmegläubiger zugute kommt.<sup>2)</sup>

---

1) Vgl. Urt. v. 19.11.1957 = NJW 58/303 (305);  
Urt. v. 25.11.1958 = NJW 59/380 (381);  
Urt. v. 11. 7.1962 = JR 63/60 (61);  
Urt. v. 30.11.1966 = NJW 67/555 (556).

2) Für das Erfordernis der tatsächlichen Sachwertsteigerung ferner: Mölders in NJW 55/777, OLG Oldenburg v. 29.4.1955 = NdsRpfl. 55/173

Das vom Bundesgerichtshof aufgestellte Erfordernis der tatsächlichen Verwendung des Baukostenzuschusses zur Finanzierung des Wohnraumes hat in der Literatur und der Rechtsprechung anderer Gerichte lebhaften Widerspruch geweckt, - erstaunlicherweise gerade bei denen, die im übrigen den Gedanken der Werterhöhung kritiklos übernommen haben.<sup>3)</sup> Dementsprechend betreffen die Gegenargumente nicht das dogmatische Fundament der BGH-Rechtsprechung. Sie ergeben sich vielmehr ausschließlich aus den unbestimmten Wertbegriffen der Billigkeit und Praktikabilität.

So findet sich der Einwand, der Mieter habe keine Kontrollmöglichkeit und keinen Einfluß auf die Verwendung seines Baukostenzuschusses. - In der Tat verliert der Mieter die Verfügungsbefugnis über den Zuschuß regelmäßig mit der Leistung an den Vermieter. - Daher dürfen außerhalb seiner Einflußsphäre liegende Umstände keine Bedeutung auf die Wirksamkeit seiner Zuwendung haben.<sup>4)</sup> - Zum Nachweis der Unhaltbarkeit dieser Argumentation sei nur darauf hingewiesen, daß die Frage der Wirksamkeit von Mietvorauszahlungen in den einschlägigen Bestimmungen regelmäßig von Umständen abhängt, auf die der Mieter keinerlei Einfluß hat, nämlich vom Eigentümerwechsel oder der Beschlagnahme zugunsten der Grundstücksgläubiger.

Weiter wird geltend gemacht, die Gerichte seien nunmehr gezwungen, sich mit dem umfangreichen Komplex der Baufinanzierung zu befassen, um die Verwendung des Baukostenzuschusses feststellen zu können. Schwierigkeiten müßten sich außer in der Beweisfrage insbesondere bei dem Problem ergeben, was unter mittelbarer Werterhöhung<sup>5)</sup> zu verstehen sei.<sup>6)</sup>

---

3) Vgl. Pfeiffer - BB 59/1048; Lewald - MDR 55/323 (325); Oschmann - MDR 59/849; Palandt - § 1124 Anm. 2; Wilhelm - Vogel - Zeller § 57 b Anm. 19; OLG Stuttgart MDR 54/621 (622), OLG Celle - NDsRpfl. 52/169 (170), LG Köln - MDR 61/59; Wörbelauer NJW 53/1729 (1731).

4) Vgl. Wörbelauer aaO; Lewald aaO; Pfeiffer aaO.

5) Vgl. BGH NJW 58/303 (305).

6) So Bachmann ZMR 61/33 (35).

Da mit diesem Argument die praktische Anwendbarkeit der Auffassung des BGH in Frage gestellt wird, muß daraufhingewiesen werden, daß prozeßökonomische Kriterien bei der Entscheidung einer materiellen Rechtsfrage nicht maßgeblich beteiligt sein können.

Sieht man wie der Bundesgerichtshof in der Sachwertsteigerung, die das Grundstück durch den Baukostenzuschuß in der Regel erfährt, den entscheidenden Grund für die Ausnahme von den Verfügungsbeschränkungen, dann muß folgerichtig gefordert werden, daß der Zuschuß auch seiner Zweckbestimmung zugeführt wurde.

Wurden die erbrachten Beträge nicht zum Aufbau des Miethauses aufgewandt, dann entfällt der sachliche Grund und eigentliche Anlaß für die Besserstellung des Mieters.

Von dieser Seite her bietet die Rechtsprechung des BGH also keine Angriffspunkte. - Folgt man seiner Argumentation in dem Punkt der Werterhöhung, so kann nicht auf die Zweckrichtung der Mieterleistung abgestellt werden, sondern nur auf die tatsächliche Zweckerreichung.<sup>7)</sup>

---

7) Im Ergebnis ebenso: Schuster - MDR 60/181 (185), OLG Celle v. 12.6.1958 = BB 59/63, OLG Oldenburg v. 29.4.1955 = NdsRpfl. 55/173, OLG Nürnberg v. 27.10.1954 = DRPfl 55/188, vgl. auch Staudinger - Scherübl § 1124 Anm. 16 g.

3. Die Unvereinbarkeit des Merkmals der Werterhöhung mit dem Gesetzeszweck.

Der Bundesgerichtshof hält eine Wirksamkeit des Baukostenzuschusses gegenüber Erwerber und Ersteher, Grundstücksgläubiger und Konkursverwalter vorstehenden Ausführungen zufolge in dem Fall nicht für gerechtfertigt, wenn der Finanzierungsbeitrag abredewidrig nicht zum Aufbau oder Ausbau des Mietobjektes verwendet worden ist. Die entsprechende Rechtsprechung hat verdeutlicht, daß der Bundesgerichtshof den Grund für die Drittwirkung des Zuschusses nicht in einem rechtlichen, sondern in einem wirtschaftlichen Tatbestand sieht. Allein aufgrund der Tatsache, daß der Zuschuß regelmäßig zur Wertsteigerung des Grundstücks beiträgt, ist nach dieser Argumentation eine derartige Bindungswirkung gerechtfertigt.<sup>1)</sup>

Damit bestätigt der Bundesgerichtshof indirekt das innerhalb dieser Untersuchung bereits erarbeitete Ergebnis:<sup>2)</sup> Leistet der Mieter zur Herstellung seiner Wohnung einen finanziellen Beitrag in der Form einer Mietvorauszahlung, so liegt darin begrifflich ein Rechtsgeschäft über die Mietzinsforderung, eine Verfügung über die Miete, die auf die Zeit der Berechtigung des Erwerbers entfällt. Der Auffassung des BGH zufolge betreffen die §§ 573, 574, 1124 II BGB, 21 II KO indessen nur solche Voraussetzungen der Miete, die nicht in das Mietobjekt geflossen sind und dessen Sachwert nicht erhöht haben. - Ob eine derartige restriktive Auslegung noch der Interessenwertung der gesetzlichen Regelung entspricht, soll im folgenden untersucht werden.

Daß für sachwertsteigernde Mietvorauszahlungen eine Ausnahme von der beschränkten Wirksamkeit zu machen ist, läßt sich aus dem Wortlaut der einschlägigen Vorschriften nicht entnehmen. Diese sprechen lediglich von "Entrichtung des Zinses", ohne auf dessen Verwendung oder den Verwendungszweck

---

1) Der Rechtsprechung des BGH folgen außer den bereits oben S. 104 Anm. 1 Erwähnten: Wolff - Raiser § 135 Anm. 30; RGRK - § 1124 Anm. 5; Erman - Schopp - Vor § 573 Anm. 3 b; Fikentscher - § 74 V 2 C; im Ergebnis auch Baur - S. 341

2) Vgl. S. 101

näher einzugehen. - Will man jedoch Mietvorauszahlungen, die eine Werterhöhung des Mietobjektes zur Folge haben, von der Anwendbarkeit der §§ 573, 574, 1124 II BGB, 57 b ZVG, 21 II KO ausschließen, dann sind diese Bestimmungen sinngemäß mit dem Zusatz zu verstehen: "Derartige Leistungen sind indessen stets wirksam, wenn sie zur Sachwertsteigerung des Grundstückes beigetragen haben."

Das Hinzufügen einer derartigen Einschränkung wäre dann statthaft und sogar geboten, wenn sie durch Sinn und Zweck des Gesetzes gefordert würde.<sup>3)</sup> Der Gesetzgeber müßte es also unterlassen haben, werterhöhende Vorausverfügungen von der generellen Unwirksamkeit auszunehmen, obwohl die ratio legis zu dieser Einschränkung zwingt; das Gesetz müßte insoweit lückenhaft sein.

Entscheidend ist demnach, ob die durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes geforderte Einschränkung der angeführten Vorschriften mit Sinn und Zweck des Gesetzes zu vereinbaren ist.

Erste Anhaltspunkte in dieser Frage gibt die Entstehungsgeschichte der §§ 573, 574, und 1124 II BGB. - Wie an anderer Stelle<sup>4)</sup> schon näher ausgeführt beruht die Regelung der §§ 1123, 1124 BGB auf dem Preußischen Gesetz über den Eigentumserwerb vom 5.5.1872. Die Motive betonen ausdrücklich, daß durch eine klare Fassung dieser Vorschriften derartigen Auseinandersetzungen vorgebeugt werden sollte, wie sie sich insbesondere aus dem mehrdeutigen § 477 ALR I, 20 ergeben hatten<sup>5)</sup>: Dieser Bestimmung zufolge waren Vorerhebungen der Miete unwirksam, "soweit sie zum Nachteil des Hypothekengläubigers gereichten." Der Sinn dieses einschränkenden Nebensatzes war sehr umstritten.

---

3) Larenz - Methodenlehre S. 283 - spricht insoweit unrichtig von der "Teleologie" des Gesetzes. Teleologie bedeutet "Lehre vom Zweck"; es muß daher heißen "Telos" des Gesetzes.

4) S. o. S. 93.

5) Vgl. Motive III S. 664

Wesentlich in diesem Meinungsstreit war der Begriff der nützlichen Verwendung. Gegensätzliche Auffassungen gab es insbesondere in der Frage, inwieweit die Zweckbestimmung von Mietvorauszahlungen eine bevorzugte Rechtsstellung für den Mieter zu rechtfertigen vermochte. - Diesem unklaren Rechtszustand wollten die Verfasser des BGB begegnen, indem sie unter ausdrücklicher Aufgabe des Verwendungsgedankens grundsätzlich alle Mietzinsforderungen der Hypothek verhafteten und Ausnahmen nur innerhalb genau feststellbarer Zeiträume zuließen.

Im übrigen hat auch der Gesetzgeber bereits den Fall berücksichtigen wollen, daß mit Mitteln des Mieters bauliche Veränderungen und damit Sachwertsteigerungen vorgenommen wurden.<sup>6)</sup> Er hat in diesem Zusammenhang aber nicht etwa ausgesprochen, derartige Mietvorauszahlungen seien von der beschränkten Wirksamkeit der einschlägigen Vorschriften ausgenommen, sondern er behandelt diesen Fall ausdrücklich unter § 573 BGB, wenn er ausführt: Mache man in solchen Fällen die Wirksamkeit von der Kenntnis des Erwerbers abhängig, so biete sich dem Mieter wenigstens die Möglichkeit, durch rechtzeitige Mitteilung des Sachverhalts an den Erwerber diesem gegenüber sein Recht zu sichern. - Der Gesetzgeber hat also die werterhöhende Mietvorauszahlung eindeutig mit unter die einschlägigen Vorschriften fallen lassen.

Er lehnt den Verwendungsgedanken zugunsten einer Aufteilung in schuldrechtliche und dingliche Rechte - und bei den dinglichen Rechten zugunsten der formellen Rangordnung ab.<sup>7)</sup>

---

6) Vgl. Protokolle II S. 146

7) Vgl. Vahlbruch BB 53/189; Westermann § 99 I Der Einwand Westermanns - § 99 I 2 b -, ein dingliches Recht des Hypothekengläubigers könne nicht durch eine schuldrechtliche Vereinbarung zwischen Vermieter und Mieter beeinträchtigt werden, ist nicht stichhaltig. Er kann in dieser allgemeinen Form nicht aufrechterhalten werden; denn selbstverständlich können die Mietparteien jederzeit neue Abmachungen über die Höhe des Mietzinses treffen und damit indirekt auf die Sicherheit der Reallast Einfluß nehmen.

Gleichwohl ließe sich die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes und die ihr folgende Meinung insbesondere wegen der veränderten sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse rechtfertigen, wenn sie dem Normzweck der §§ 573, 574, 1124 II BGB, 21 II KO entspricht.

Die Vertreter dieser Ansicht sehen die gesetzgeberische Absicht der genannten Vorschriften in folgendem: Die Vorauserhebung der Miete sei zu unterbinden, weil dadurch den dinglich Berechtigten ein Vermögenswert entzogen würde, auf den sie einen nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten begründeten, daher gesetzlich zugebilligten und durch die Verfügungsbeschränkungen geschützten Anspruch hätten.<sup>8)</sup> Letztlich kommt darin der Grundgedanke der gesetzlichen Regelung in gleicher Weise zum Ausdruck, wie er im Verlaufe der bisherigen Untersuchung ermittelt wurde:

Zweck der Verfügungsbeschränkungen ist die Sicherung des Sachertrages zugunsten von Erwerber, Ersteher, Hypothekar und Konkursgläubiger.<sup>9)</sup>

Es stellt sich die Frage, ob die darin enthaltene Interessenwertung in der Auffassung des Bundesgerichtshofes zum Ausdruck kommt. Eine derartige Übereinstimmung ließe sich unter Umständen dann feststellen, wenn die Argumentation richtig wäre, die werterhöhende Vorauszahlung komme im Ergebnis dem genannten Personenkreis zugute. - Daß diese Begründung nicht zutreffend ist, läßt sich jedoch ohne weiteres feststellen, wenn man die wirtschaftlichen Auswirkungen in Betracht zieht. - Zunächst einmal ergibt sich, daß der Gedanke der Sachwertsteigerung auf den Erwerber und Ersteher des Grundstückes von vornherein nicht paßt. Das Argument, durch derartige Vorauszahlungen werde der Substanzwert des Grundstückes erhöht und damit letztlich zugunsten der Zugriffsberechtigten auch die Ertragsfähigkeit gesteigert, überzeugt nicht. Denn die

---

8) So Himmelmann MDR 52/196 (198)

9) Sh. S. 99 ff. - vgl. auch RGZ 151/379

durch den Baukostenzuschuß bewirkte Wertsteigerung müssen sowohl der Käufer, wie auch der Ersteigerer des Grundstückes selbstverständlich voll und ganz bezahlen. - Erwerber und Ersteher richten sich bei der Kalkulation des Kaufpreises nach dem vorhandenen Sachwert, ohne sich bei diesen Preisüberlegungen zu fragen, mit welchen Mitteln das Kauf- bzw. Versteigerungsobjekt erstellt wurde. Der Kaufpreis ist der Gegenwert des Hausgrundstückes, den es zu diesem Zeitpunkt hat. In diesem Gegenwert ist naturgemäß der zweckentsprechend verwandte Baukostenzuschuß mit berücksichtigt. - Von einer nachträglichen Begünstigung kann also in diesen Fällen keine Rede sein. Soweit derartige Zuschüsse in das Grundstück geflossen sind, hat sich mit dem Wert des Objektes der Kaufpreis entsprechend erhöht. - Darüber hinaus erlaubt der gesteigerte Wert des Grundstückes dem Eigentümer eine höhere dingliche Belastung, die Käufer und Ersteher zumeist übernehmen müssen.<sup>10)</sup> Auch hier wird man von einer späteren Besserstellung dieser Personen nicht sprechen können.

Auch im Hinblick auf die Verfügungsbeschränkung des § 1124 II BGB, auf die der Gedanke der Werterhöhung noch am ehesten zutreffen könnte, erweist er sich als unbrauchbar. - Er scheint zwar sinnvoll für den Fall, daß ein hypothekarisch belastetes Grundstück nachträglich mit Hilfe von Baukostenzuschüssen der Mieter bebaut wird; hier tritt durch die Sachwertsteigerung in der Tat eine Begünstigung des Gläubigers dadurch ein, daß die Sicherheit für seine Forderung vergrößert wird. - Er berücksichtigt jedoch nicht den umgekehrten Fall, daß ein mit Baukostenbeiträgen geschaffenes Hausgrundstück nachträglich hypothekarisch belastet wird. Hier trifft der vom Bundesgerichtshof gefundene sachliche Grund für die Sonderbehandlung des Baukostenzuschusses nicht zu. Die hypothekarische Belastung erfolgt selbstverständlich auf der Grundlage des vorhandenen Sachwertes. Von ihm als der dinglichen Sicherheit geht der Grundstücksgläubiger bei

---

10) Vgl. Bull - ZMR 52/180

der Feststellung der Beleihbarkeit und damit bei der Ermittlung der Höhe des Kredits aus. In diesem Fall bedeutet der geleistete Zuschuß nicht eine gesteigerte Sicherheit für den Hypothekar, sondern vielmehr eine Gefährdung der Kreditbasis, muß er doch von vornherein mit einem geschmälernten Mietzinsaufkommen rechnen.<sup>11)</sup>

Da Baukostenzuschüsse bei der Baufinanzierung eine bedeutende Rolle spielen und häufig vorkommen, wird sich der Kreditgeber regelmäßig vergewissern, ob derartige Zuschüsse mit den Mietern vereinbart wurden und gegebenenfalls wieviel noch abzuwohnen ist. Zu einer Gefährdung des Realkredits wird es daher in der Praxis kaum kommen. Der Grundstücksgläubiger wird vielmehr von Beginn an den verminderten Mietertrag berücksichtigen und den Kredit entsprechend kürzen. - Wird durch die Umsicht des Gläubigers eine Gefährdung seiner dinglichen Sicherheit zumeist auch verhindert, so kann in den Fällen der nachträglichen Hypothekenbestellung jedoch keineswegs von einer späteren, durch den Baukostenzuschuß bewirkten Besserstellung gesprochen werden.<sup>12)</sup>

Das Hauptargument gegen die Werterhöhungstheorie des BGH aber ergibt sich, wenn man den Gedanken der Sachwertsteigerung konsequent zuende denkt.<sup>13)</sup> Dann müßten nämlich

---

11) Vgl. OLG Bremen DRpfl. 55/69 (7o)

12) Es kann gegen die Werterhöhungstheorie jedoch nicht vorgebracht werden, - wie es mehrfach geschehen ist, so von Vahlbruch in BB 53/19o und Bruhn in DRpfl 52/412 - mit der gleichen Begründung könnten beispielsweise auch Bauhandwerker und Lieferant des Baumaterials vorrangige Befriedigung verlangen und einen Verdrängungsanspruch geltend machen, da beide in durchaus vergleichbarer Weise zur Werterhöhung des Grundstückes beigetragen hätten. - Diese Argumentation verkennt, daß es bei dem Problem der Wirksamkeit von Vorausverfügungen nicht um eine vorrangige Befriedigung des Mieters vor dem Realgläubiger geht, sondern nur um die Frage, ob Vorauszahlungen an den Vermieter wirksam sind. - Es handelt sich also im Beispiel um unterschiedliche, nicht vergleichbare Sachverhalte.

13) Diese Auffassung des BGH beruht letztlich auf dem Versionsgedanken.

nicht nur die tatsächlich zum Hausbau verwandten Zuschüsse von der Unwirksamkeit, wie sie die §§ 573, 574, 1124 BGB, 21 Abs. 2 KO aussprechen, ausgenommen sein, sondern auch alle die Mietvorauszahlungen, die in irgendeiner Weise in das Grundstück geflossen sind und damit dessen Wert gesteigert haben, da bei ihnen insoweit die gleiche Interessenlage besteht.

Es würde danach zum Beispiel für die Frage der Drittwirkung des Baukostenbeitrages entscheidend darauf ankommen, ob der Vermieter und Hauseigentümer mit der vorausgezahlten Miete den Einbau einer Ölheizung, einen neuen Außenanstrich oder aber seinen Ferienaufenthalt an der Nordsee finanziert hat. - Im ersten Fall liegt eindeutig eine Verbesserung des Hauses und damit eine Steigerung seines Wertes vor. Im zweiten ist die Entscheidung schon problematisch; erfolgte der Außenanstrich, nachdem zuvor nur ungestrichener Putz vorhanden war, so wird man ebenfalls eine Wertsteigerung feststellen können. Wurde dagegen der alte Anstrich durch einen neuen ersetzt, weil dem Eigentümer die alte Farbe nicht mehr gefiel, so dürfte die Ermittlung der Werterhöhung schwerfallen, wenn nicht sogar ausgeschlossen sein.

Der Theorie der Sachwertsteigerung zufolge müßte damit der Richter bei der Entscheidung der Frage, ob eine Vorauszahlung der Miete dem neuen Eigentümer oder dem Grundstücksgläubiger gegenüber wirksam ist, jeweils bis in alle Einzelheiten nachprüfen, was mit dem im voraus entrichteten Geld geschehen ist.

Dies ist nicht nur eine Folge, die der Gesetzgeber im Interesse an einer praktikablen Regelung ausdrücklich hat vermeiden wollen;<sup>14)</sup> sie würde auch die Möglichkeiten des Gerichts regelmäßig überfordern und damit zu unvermeidbarer Rechtsunsicherheit führen.

So betrachtet der Bundesgerichtshof den Gedanken der Werterhöhung ausdrücklich auch nur im Fall der Baukostenzuschusses als Kriterium für eine Ausnahme von den Verfügungs-

---

14) S. o. S. 113 f.

beschränkungen, während es im übrigen bei der beschränkten Wirksamkeit der Mietvorauszahlungen bleiben soll.<sup>15)</sup>

Es dürfte eindeutig klargestellt worden sein, daß das Gesetz bei einer normalen Vorauserhebung von Mietzins in den §§ 573, 574, 1124 II BGB, 21 II KO nicht darauf abstellt, wozu diese Vorleistung des Mieters im einzelnen verwandt wurde.

Ein Blick auf die wirtschaftlichen Auswirkungen hat gleichzeitig gezeigt, daß auch im Sonderfall des Baukostenzuschusses der Gedanke der Sachwertsteigerung als solcher eine Ausnahmebehandlung in der Frage der Wirksamkeit der Zuwendung gegenüber den Drittberechtigten nicht zu rechtfertigen vermag. Die Annahme, der Baukostenzuschuß komme im Ergebnis den Rechtsnachfolgern und Beschlagnahmegläubigern zugute, ist nicht haltbar. Damit entfällt aber das Hauptargument, das die Vertreter dieser Auffassung anführen.<sup>16)</sup> - Diese beruht letztlich auf reinen Billigkeitserwägungen zugunsten des Mieters und entbehrt jeder dogmatischen Begründung.

Die vom Bundesgerichtshof in der Frage der Drittwirkung von Baukostenzuschüssen entwickelte Rechtsprechung verfolgt die an sich begrüßenswerte Tendenz, die Vorschriften, die Mietvorauszahlungen einer nur beschränkten Wirksamkeit unterwerfen, in ihrer Anwendbarkeit einzuschränken und dadurch der geänderten Normsituation anzupassen, wie sie sich nach dem Kriege aufgrund der Umstrukturierung der Finanzierungsmodalitäten auf dem Wohnraumsektor ergab.

Die Wirksamkeit des Finanzierungsbeitrages gegenüber Rechtsnachfolgern des Vermieters und Grundstücksgläubigern läßt sich jedoch nicht mit dem Argument rechtfertigen, durch eine derartige Zahlung werde der Sachwert des Mietobjektes gesteigert. Der Verwendungsgedanke ist dem Gesetz nicht nur fremd, sondern auch mit Sinn und Zweck der einschlägigen Bestimmungen unvereinbar.<sup>17)</sup>

---

15) Vgl. Urt. BGH v. 25.11.1958 = NJW 59/380;  
Urt. v. 11.7.1962 = JW 63/60 (61),  
Urt. v. 30.11.66 - NJW 67/555 (556).

16) Vgl. oben S. 104 Anm. 1; S. 111 Anm. 1

17) Gegen die Auffassung des BGH außer den bereits  
Genannten: Erman - Westermann § 1124, 2;  
Westermann § 91 I; Lewald - MDR 55/323 (325);  
Nagel in DRPfI 52/224 (230); Baur - § 39 V.

#### 4) Der Ruf nach dem Gesetzgeber

Die bisherige Untersuchung der Frage, ob für den Baukostenzuschuß eine Ausnahme von den Verfügungsbeschränkungen der §§ 573, 574, 1124 II BGB, 21 II KO gerechtfertigt ist, brachte ein negatives Ergebnis. Weder das Merkmal der "Vertragsgemäßheit", noch das der "Sachwertsteigerung" der Zuschußleistung erwies sich als geeignet für eine derartige Sonderbehandlung.

Auf Grund dieser Erkenntnis erscheint es durchaus verständlich, wenn bei der Erörterung der Frage der Drittwirkung des Baukostenbeitrages mehrfach der Ruf nach dem Gesetzgeber laut geworden ist.<sup>1)</sup> Dabei wurden teilweise auch bereits Vorschläge zur gesetzlichen Lösung dieses Fragenkomplexes unterbreitet.

Soweit diese Vorschläge von seiten des Realkredites kommen, zielen sie verständlicherweise darauf ab, den Vorausverfügungen über den Mietzins ohne Ausnahme die Wirksamkeit zu versagen und den entsprechenden Vorschriften wieder ihre volle Schärfe zu geben.<sup>2)</sup>

Im Gegensatz dazu fordert eine mieterfreundliche Auffassung, der Gesetzgeber müsse Mietverhältnisse, in deren Rahmen ein Finanzierungsbeitrag des Mieters gegeben wurde, in sachenrechtliche Berechtigungen umwandeln und dabei mit den sonstigen Rechten am Grundstück in Einklang bringen.<sup>3)</sup>

Eine vermittelnde Lösung bietet eine Anregung, bei der durch rechtsgestaltenden Eingriff des Richters die Parteivereinbarungen so abgeändert werden, daß die Wirtschaftlichkeit des infolge des verminderten Mietertrages notleidend gewordenen Grundstückes und damit insbesondere ein zur

---

1) Vgl. Blomeyer in BB 53/657 (661); Wörbelauer in NJW 53/1729 (1730 f); Weitnauer in DB 54/796 (797).

2) Vgl. Seng in ZfgesKrW 54/251 f.

3) So Schopp in ZMR 54/353 (357).

Befriedigung der Realgläubiger ausreichender Ertrag des Grundstücks wiederhergestellt wird.<sup>4)</sup> Abgesehen davon, daß dieser Vorschlag einseitig auf den Fall der Grundstücksgläubiger abstellt und schon aus diesem Grunde für eine Lösung des Gesamtproblems nicht geeignet ist, ist er mit dem klaren Rangprinzip des BGB nicht zu vereinbaren und dürfte zudem für alle Beteiligten mit großer Rechtsunsicherheit verbunden sein.

Weiterhin ist erwogen worden, die Wirksamkeit einer Vorausverfügung davon abhängig zu machen, ob der Hypothekar sie gekannt hat.<sup>4a)</sup> - Dieser Vorschlag dürfte jedoch gleichfalls auf große Bedenken stoßen, insbesondere wenn man sich vergegenwärtigt, daß im Fall mehrerer Hypothekengläubiger nicht mehr die Rangstelle das entscheidende Kriterium bei der Befriedigung sein würde.

Nicht praktikabel ist ferner die Anregung an den Gesetzgeber, dem Aufbaum Mieter - ähnlich wie nach § 648 BGB dem Bauunternehmer - zur Sicherung seiner Forderungen gegen den Vermieter einen gesetzlichen Anspruch auf Eintragung einer Sicherungshypothek nebst entsprechender Vormerkung zu gewähren.<sup>5)</sup> Dieser Vorschlag ließe sich gesetzestech-nisch zwar am einfachsten und ohne größere Änderungen vollziehen, der Schutz des Mieters wäre im Ergebnis in- dessen nahezu gleich Null. Den übrigen Grundstücksgläubi- gern gegenüber würde er regelmäßig am schlechtesten po- stiert sein, sodaß eine entsprechende dingliche Sicherung wohl nur als "Schornsteinhypothek" bezeichnet werden könnte.

Bereits anhand dieser an den Gesetzgeber gerichteten Lö- sungsvorschläge läßt sich die Vielschichtigkeit des Pro- blems der Vorausverfügung im besonderen Fall des Baukosten- zuschusses nachhaltig demonstrieren. Die recht unterschied- lichen, zum Teil gegensätzlichen Anregungen zeichnen ein an- schauliches Bild der Schwierigkeiten, denen sich die Gesetz- gebungsorgane bei einer Neuregelung gegenübergestellt sehen würden. Wollte sich ein derartiger gesetzgeberischer Eingriff

---

4) Vgl. Korn - MDR 53/587 (589 f.)

4a) Vgl. Weitnauer - DB 54/796 (797)

5) So Bruhn - DRPfl 52/414, derselbe in DRPfl 54/345 (354).

nicht sogleich den Vorwurf zuziehen, nurmehr eine Teillösung des Problemkreises zu bieten, und damit unbefriedigend erscheinen, so wäre der Gesetzgeber nicht nur zur Beantwortung der Frage gezwungen, ob und in welchem Umfang er die dargestellte Entwicklung der Rechtsprechung in Baukostenzuschußsachen sanktionieren soll; es wäre vielmehr unumgänglich, auch zu der vom Reichsgericht behandelten, weitergreifenden Frage nach der Wirksamkeit normaler Mietvorauszahlungen Stellung zu nehmen, die nicht als Baukostenbeitrag gegeben wurden.

Zur Verabschiedung einer derartigen befriedigenden Lösung sah sich der Bundesgesetzgeber bisher offensichtlich nicht in der Lage. Er erkannte zwar frühzeitig seine Aufgabe, zwischen den Interessen des Aufbaumieteters und denen der Zugriffsberechtigten, insbesondere der Grundstücksgläubiger, einen gesetzgeberischen Ausgleich zu schaffen.<sup>6)</sup> In der Beratung des Gesetzes über Maßnahmen auf dem Gebiet der Zwangsvollstreckung vom 20.8.1953 beließ er es jedoch bei dem Hinweis, die mit dem Problemkreis der Vorausverfügung zusammenhängenden Fragen bedürften noch weiterer, eingehender Prüfung; auch sei die weitere Entwicklung der Rechtsprechung abzuwarten, bevor man zu einer endgültigen gesetzlichen Regelung komme.<sup>7)</sup> - Bei diesem Programmsatz ist es bis heute geblieben und die angekündigte gesetzgeberische Lösung scheint auch in absehbarer Zeit nicht verwirklicht zu werden, obwohl zumindest im Hinblick auf den Bundesgerichtshof inzwischen von einer ständigen Rechtsprechung und damit von einem gewissen Abschluß der Entwicklung gesprochen werden kann.

---

6) Vgl. Bericht des Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht, Bundestag-Drucksache 1. Wahlperiode, Nr. 4452.

7) Vgl. Bundestag-Drucksache, aaO, S. 6

#### D. Die Lösung des Interessenkonflikts

Die bisherige Untersuchung betraf in der Hauptsache Darstellung und Kritik der Lösungsversuche, die die Frage der Wirksamkeit des Baukostenzuschusses gegenüber Rechtsnachfolgern des Vermieters und Grundstücksgläubigern in der Rechtsprechung und im Schrifttum gefunden hat. - Die Auseinandersetzung mit den verschiedenen Ansichten führte trotz der Vielfalt der angebotenen Vorschläge zu dem an sich unbefriedigenden Ergebnis, daß alle Lösungsversuche für eine Anpassung der §§ 573, 574, 1124 II BGB, 57 b ZVG, 21 II KO an die geänderte Normsituation nicht geeignet sind, vielmehr Sinn und Zweck des Gesetzes vielfach außer acht lassen und zum Teil auch zu willkürlich erscheinenden Folgerungen führen müssen.

Der tiefere Grund für dieses Versagen ist darin zu sehen, daß sämtliche Lösungsvorschläge der rechtlichen und wirtschaftlichen Eigenart des Baukostenzuschusses nicht gerecht werden. - Zum Teil zog man allgemeine Mietzinsrechtsprechung heran, ohne auf die besonderen Verhältnisse beim Finanzierungsbeitrag des Mieters auch nur andeutungsweise einzugehen. Teilweise entwickelte man zwar eine Sonderregelung für derartige Mieterleistungen, suchte und fand die Begründung für die Ausnahmebehandlung indessen in Kriterien, die für den Baukostenzuschuß nicht eigentümlich sind und auch bei gewöhnlichem Mietzins vorkommen können.

Eine sachgerechte Entscheidung des Problems ist daher nur denkbar, wenn Eigenart des Baukostenbeitrages und Zweck des Gesetzes in Einklang gebracht und gebührend berücksichtigt werden.

Alle Versuche, eine Einschränkung der Anwendbarkeit der §§ 573, 574, 1124 II BGB, 21 II KO vom darin enthaltenen Verfügungsbegriff her zu entwickeln, müssen fehlschlagen. Denn es handelt sich dabei um einen rechtstechnischen Begriff, der einer engen Auslegung nicht zugänglich ist.

Der Gedanke der Werterhöhung kann in gewisser Hinsicht als für den Baukostenzuschuß typisch angesehen werden. Er betrifft indessen nur einen wirtschaftlichen Nebeneffekt, der mit der Zuschußleistung regelmäßig - aber nicht zwingend - verbunden ist und vermag als solcher eine Sonderbehandlung des Finanzierungsbeitrages nicht zu rechtfertigen.

#### 1. Restriktive Auslegung des Mietzinsbegriffes

Naheliegender dürfte es sein, die Beantwortung der Frage, ob der als Mietvorauszahlung geleistete Finanzierungsbeitrag gegenüber den Drittberechtigten wirksam ist, unmittelbar in dem Verhältnis Baukostenzuschuß - Mietzins zu suchen. Dabei wird es entscheidend auf die besondere Zweckrichtung einer derartigen Mieterleistung im Vergleich mit der normalen Mietvorauszahlung ankommen. Ein Lösungsversuch muß also richtigerweise am Mietzinsbegriff ansetzen; das bedeutet, eine Einschränkung des gesetzlichen Verfügungsverbots ist nur im Wege einer differenzierenden Analyse dieses Begriffes nach der Zweckbestimmung der Parteien möglich.

Das ist im Meinungsstreit um die Drittwirkung des Baukostenbeitrages bisher nicht mit der erforderlichen Klarheit herausgearbeitet und hervorgehoben worden. - Der Grund dafür dürfte darin liegen, daß es der Gesetzgeber unterlassen hat, den besonderen wirtschaftlichen Zweck, der im Einzelfall mit einer Mietzahlung verbunden sein kann, in seiner Regelung zu berücksichtigen. Aufgrund einer völlig anders gearteten Normsituation mußte ihm die Vorstellung der Miete als Aufbauleistung fremd sein und folglich außer Betracht bleiben. Der Mietzinsbegriff scheint daher nur auf den ersten Blick in sich fest gefügt und einer differenzierenden Betrachtung unzugänglich. - Die Mehrdeutigkeit dieses Begriffes ergibt sich indessen zwangsläufig, wenn man den wirtschaftlichen Zweck der Mietzinszahlung in Rechnung stellt. Jede derartige Mieterleistung ist nicht nur schuldrechtliche Gegenleistung für die Raumgewährung, sondern stets auf ein bestimmtes Objekt bezogen.

Auf dieser Eigenschaft beruht die Interessenkollision zwischen Vermieter, Mieter und Dritten, denen ein Zugriffsrecht am Mietobjekt zusteht<sup>1)</sup>; aus ihr ergibt sich außerdem aber auch die rechtliche Doppelgestalt des Mietzinsbegriffes.

Entsprechend der Fassung der Miete im BGB als gegenseitiger Vertrag ist Mietzins einmal jede Gegenleistung des Mieters für die Gewährung des Gebrauchs der Mietsache. - Für diesen schuldrechtlichen Mietzinsbegriff, wie er in § 535 S. 2 BGB enthalten ist, ist das entscheidende Merkmal die Äquivalenz der vertraglichen Leistungen. Mietzins ist danach alles, was als Entgelt für die Gebrauchsgewährung erbracht wird. - Von diesem Mietzinsbegriff war bereits bei der Prüfung der Rechtsnatur von anrechenbarem und verlorenem Baukostenzuschuß die Rede.<sup>2)</sup>

Der Mietzins ist aber nicht nur Gegenleistung des Mieters für die Hauptleistung des Vermieters, sondern darüber hinaus auch Ertrag des Grundstücks und damit Frucht des vermieteten Objektes - § 99 Abs. III BGB. - Neben dem schuldrechtlichen gibt es also einen sachenrechtlichen Mietzinsbegriff, bei dem es nicht auf den Austausch von Leistung und Gegenleistung, sondern allein darauf ankommt, daß er Ertrag der vermieteten Sache ist. -

Mietzins kann daher einmal gemeint sein im Sinne von "Entgelt für Gebrauchsgewährung", zum anderen in der Bedeutung von "Grundstücksertrag".

In welcher Wortbedeutung dieser Begriff in den §§ 573, 574, 1124 II BGB, 21 II KO aufzufassen ist, kann nur vom Sinn und Zweck dieser Vorschriften her ermittelt werden. Die bisherige Untersuchung hat gezeigt, daß der Normzweck in allen gesetzlich geregelten Fällen derselbe ist:<sup>3)</sup>

Als Ausgleich für die Drittwirkung des Mietverhältnisses soll dem Erwerber und Ersterher des Grundstücks, dem Hypothekar und Konkursgläubiger der Mietzins als Ertrag des Grundstücks zufallen, soweit er der Zeit ihrer Berechtigung entspricht.

---

1) Darauf wurde bereits eingehend hingewiesen.

Vgl. S. 52 f.

2) S. o. S. 29 ff u. S. 39 ff.

3) Vgl. S. 53 f u. S. 100 f.

Das Interesse dieses Personenkreises an der Miete folgt nicht aus einer mit dem Mieter getroffenen vertraglichen Vereinbarung, sondern allein aus der Rechtsposition als neue Eigentümer oder Beschlagnahmegläubiger. Das ergibt sich besonders deutlich aus der Regelung der §§ 1120 ff. BGB. Im Falle der Beschlagnahme des Mietobjekts haften für die Hypothek oder Grundschuld auch dessen Früchte, und damit auch der Mietzins als Ertrag des Grundstücks - § 99 III BGB. Durch § 1124 II BGB wie durch die anderen einschlägigen Vorschriften soll eine vorzeitige Fruchtziehung, die dem Zugriffsberechtigten zum Nachteil gereichen würde, ausgeschlossen werden.

Liegt demnach der Normzweck der Verfügungsbeschränkungen in der Sicherung des Sachertrages zugunsten der Drittberechtigten, so ist der Schluß naheliegend, daß der Mietzinsbegriff in den einschlägigen Vorschriften nur im Sinne von "Grundstücksertrag" gemeint sein kann.<sup>4)</sup> - Diese Folgerung wird bestätigt, wenn man die Interessen derer, denen ein Zugriffsrecht am Mietobjekt zusteht, in Betracht zieht.

Käufer und Ersterher erwerben ein Mietgrundstück hauptsächlich wegen seiner wirtschaftlichen Ertragskraft. Sie beabsichtigen regelmäßig, aus dem in das Mietobjekt investierten Kapital eine möglichst hohe Verzinsung - eben das ist der Mietzins - herauszuholen. Zins aber ist Ertrag des Kapitals. An diesem ist den Rechtsnachfolgern des bisherigen Eigentümers gelegen. Sie beanspruchen den auf die Zeit ihrer Berechtigung entfallenden Mietzins nicht als Vertragspartner des Mieters wie der frühere Eigentümer und Vermieter, sondern als dinglich Berechtigte kraft der erworbenen Eigentümerstellung. Als neue Eigentümer haben sie ein natürliches Interesse an den Früchten ihres Eigentums und damit am Ertrag des Grundstücks, - ein Interesse, das in der Regelung des § 100 Nr. 2 2. Alt. BGB hinreichenden Rechtsschutz erfährt.

---

4) Für die sachenrechtliche Betrachtungsweise vgl. auch Bruhn, DRPfl 52/271 (273); Bettermann ZMR 52/29 (33).

Hypothekar und Konkursgläubiger sind daran interessiert, daß für ihre Forderung nicht nur das Grundstück als solches, sondern auch dessen Früchte haften. Sie erheben daher auf den Mietzins nicht Anspruch, weil er schuldrechtliche Gegenleistung aus dem Mietverhältnis ist, sondern weil er als Ertrag zum Haftungsverband des Grundstücks gehört.<sup>5)</sup> Es ist also gerechtfertigt, den Mietzinsbegriff in diesem Zusammenhang rein sachenrechtlich aufzufassen. - Damit läßt sich sodann folgende These aufstellen:

Die Verfügungsbeschränkungen der §§ 573, 574, 1124 II BGB, 21 II KO finden nur auf Vorauszahlungen von Mietzins Anwendung, der als Ertrag des Grundstücks anzusehen ist.

---

5) Allgemeine Ansicht - vgl. Baur § 39 V,  
Westermann § 99 I; Wolff - Raiser § 135 IV

## 2. Die privatautonome Zweckbestimmung des Baukostenzuschusses

Bei dem gewöhnlichen Entgelt für die Gebrauchsüberlassung einer Wohnung wird es sich stets auch um Mietzins im sachenrechtlichen Sinn handeln, d.h. um den Gewinn, der aus der Mietsache gezogen wird; einer Anwendung der einschlägigen Vorschriften steht insoweit also nichts entgegen.

Anders ist jedoch die Situation beim Baukostenzuschuß, der in der rechtlichen Form einer Mietvorauszahlung gegeben wurde. - Ein derartiger Finanzierungsbeitrag des Mieters ist schuldrechtlich eindeutig Mietzins; denn er ist Gegenleistung für die Gebrauchsgewährung durch den Vermieter. Daraus ergab sich die Anwendbarkeit des Schutzgedankens des § 571 BGB auf die vertraglichen Abreden über die Hingabe eines Zuschusses.<sup>1)</sup> Diese sind Inhalt des Mietverhältnisses, dessen Rechte und Pflichten auf den Erwerber nach § 571 BGB übergehen.

Die wirtschaftliche Zweckbestimmung des Baukostenbeitrages, zu den Kosten des Mietobjektes beizutragen, läßt es jedoch zweifelhaft erscheinen, ob er auch als Mietzins im sachenrechtlichen Sinne - als Ertrag des Grundstücks - anzusehen ist.

Das Gesetz gibt keine nähere Begriffsbestimmung dessen, was unter Ertrag zu verstehen ist. In § 99 Abs. III BGB ist lediglich normiert, daß als Früchte auch die Erträge einer Sache oder eines Rechts zu gelten haben. - Die Ursache für diese Zurückhaltung des Gesetzgebers liegt darin, daß es sich beim Ertrag nicht um einen rechtlichen, sondern um einen wirtschaftlichen Begriff handelt.<sup>2)</sup>

Was als Ertrag anzusehen ist, bestimmen daher nicht gesetzliche Vorschriften, sondern allein ökonomische Gesichtspunkte, wobei letztlich die mit der jeweiligen Leistung verbundenen Zweckvorstellungen entscheiden.<sup>3)</sup>

---

1) Vgl. oben S. 68 f

2) Allgemeine Meinung - vgl. Oertmann § 99 Anm. 4 a; Wieacker AcP 148/57 (98).

3) Vgl. Reichel S. 285

Bei der Behandlung der Frage, ob ein Baukostenzuschuß wie das gewöhnliche Mietentgelt als Ertrag des Mietobjektes anzusehen ist, kommt es somit auf die wirtschaftliche Funktion des Finanzierungsbeitrages an, die dieser nach den Vorstellungen der Vertragspartner erfüllen soll. Entscheidend ist allein der wirtschaftliche Zweck, den Mieter und Vermieter in der Hauptsache mit der Zuschußleistung verfolgen, - und damit die privatautonome Zwecksetzung der Parteien. Diese bestimmt den Charakter der Zuschußleistung.

Der Baukostenbeitrag soll stets der Finanzierung der Herstellung des Mietobjektes dienen und dabei den Zweck erfüllen, die Baukostenspitze zu decken, die der Vermieter aus anderen Mitteln nicht aufbringen kann.

Der Mieter entrichtet den Baukostenzuschuß in der Absicht, damit seiner Mietzahlungspflicht aus § 535 S. 2 BGB nachzukommen. Insoweit deckt sich der mit der Zuschußleistung verfolgte Zweck mit dem Erfüllungswillen, der auch die normale Mietzahlung begleitet. Darüber hinaus verfolgen die Mietvertragspartner - insbesondere der Vermieter - bei der Vereinbarung eines Baukostenbeitrages jedoch den Zweck, daß sich der Mieter an der Finanzierung des Mietobjektes beteiligt. Bei der normalen Mietzinszahlung ist die privatautonome Zwecksetzung ausschließlich Gegenleistung für die Gebrauchsgewährung, beim Baukostenzuschuß darüber hinaus Beteiligung an den Herstellungskosten des Mietraumes. Nach den Vorstellungen der Parteien ist der Finanzierungsbeitrag somit Baukredit und daher Investition in das Grundstück, nicht aber dessen Gewinn und Ertrag. Dabei kann es nicht darauf ankommen, ob der geleistete Beitrag zur Kostendeckung des Mietobjektes auch tatsächlich herangezogen worden ist. Denn entscheidend für den Typus der Leistung ist allein die Zweckbestimmung durch Mieter und Vermieter.

Dieses Ergebnis wird bestätigt, wenn man die Hingabe eines Baukostenzuschusses rein wirtschaftlich betrachtet. - Indem der Zuschuß zur Herstellung des Mietobjektes beiträgt, dient

er der Schaffung der Ertragsquelle und damit der Kapitalbildung. Wird er aber dadurch selbst Kapital, dann kann er nicht gleichzeitig Frucht und Ertrag sein. Denn Frucht ist der wirtschaftliche Ertrag eines Kapitals, nicht aber das Kapital selbst.<sup>4)</sup>

Dies wird verdeutlicht, wenn man die Begriffe Substanz und Frucht sorgfältig trennt und dabei herausstellt, daß Frucht stets der Ertrag der Substanz ist, niemals aber die Substanz selbst sein kann. - Substanz ist der wirtschaftliche Grundbestand einer Sache. Die Substanz Mietobjekt soll mittels des Rechtsgeschäfts Miete bestimmte Sachfrüchte erbringen. Alles aber, was erforderlich ist, dem Mietobjekt diese Fähigkeit überhaupt erst einmal zu verschaffen, ist substantiell und darum niemals Ertrag.<sup>5)</sup>

Mit Hilfe des Baukostenzuschusses soll nach den Vorstellungen der Parteien der gemietete Wohnraum überhaupt erst geschaffen und damit ertragsfähig gemacht werden. Der Zuschuß ist seiner Zweckbestimmung nach daher Substanz und nicht Frucht; er ist Leistung auf das, nicht aber aus dem Mietobjekt.<sup>6)</sup> - Schlagwortartig ließe sich sagen, derartige Mieterleistungen sind wirtschaftlich gesehen nicht Zins, sondern Kapital - und darum nicht Ertrag. Unwesentlich für diese Feststellung ist, ob der gezahlte Baukostenbeitrag auch bestimmungsgemäß zur Finanzierung des Mietobjektes verwandt wurde. Denn entscheidend für das Fehlen der Ertragseigenschaft ist allein die Zweckbestimmung durch Mieter und Vermieter, daß der Zuschuß zu den Herstellungskosten des Mietraumes beitragen soll. - Diese privatautonome Zwecksetzung, nicht aber die tatsächliche Verwendung - wie der Bundesgerichtshof meint -, rechtfertigt es, den Baukostenzuschuß von den gesetzlichen Verfügungsbeschränkungen auszunehmen.

Der hier vertretenen Ansicht könnte man entgegenhalten, letztlich sei der in der Rechtsform einer Mietvorauszahlung erbrachte Baukostenbeitrag Entgelt für die Gebrauchsüberlassung

4) Vgl. Dernburg - S. 38 f.; Kühlenbeck - § 99; Crome - S. 30; derselbe S. 54; Frucht ist Reinertrag des Kapitals, ohne Kapital keine Zinsen.

5) Vgl. Cosack - § 66 b I; Reichel - S. 253 sowie S. 247; Substanzmehrung ist niemals Frucht, sondern ergibt eine neue Substanz.

6) Aus offenbar ähnlichen Erwägungen lehnen einige die Mietzinseigenschaft des Bkz überhaupt ab, ohne allerdings den wesentlichen Gesichtspunkt der fehlenden Ertragseigenschaft zu erkennen. - Vgl. Brandis - JW 33/881 (1983); Legart - JW 33/1736 f.;

des Wohnraumes und damit rechtlich wie wirtschaftlich Gegenleistung und Äquivalent für die gewährte Sachnutzung. - Falsch wäre es jedoch, wollte man aus diesem unbestreitbar vorliegenden Faktum den Schluß ziehen, die Gegenleistung für die Sachnutzung müsse stets Ertrag sein. Denn wird für die Zeit der wirksamen Vorauszahlung des Zuschusses noch nicht die volle, eigentlich angemessene Miete gezahlt, so stammt - wirtschaftlich betrachtet - die infolge der Vorauszahlung zunächst noch nicht laufend vergütete Teilnutzung solange nicht aus dem Vermögen des Vermieters und damit auch nicht aus dem des Erwerbers oder Erstehers, sondern aus dem Vermögen des Mieters, bis der Finanzierungsbeitrag aufgebraucht, d.h. abgewohnt ist. Entspringt in einem derartigen Fall die dem Mieter nach dem Vertrage zufallende Nutzung somit zu einem erheblichen Teil aus seinem eigenen Vermögen und nicht aus dem des Vermieters, so kann das entsprechende Entgelt nicht Ertrag des Grundstückes als Teil des Vermögens des Vermieters sein.<sup>7)</sup>

Wird also ein Baukostenzuschuß in der rechtlichen Gestalt einer Mietvorauszahlung gegeben, so ist er zwar Gegenleistung für die Gebrauchsgewährung und damit Mietzins im schuldrechtlichen Sinn, nicht aber Ertrag des Mietobjektes und Miete im sachenrechtlichen Sinn. -

Der Hingabe eines derartigen Zuschusses liegt eine mietvertragliche Vereinbarung zugrunde, in die der Rechtsnachfolger des Vermieters nach § 571 BGB eintritt. Der Finanzierungsbeitrag fällt jedoch nicht unter den Mietzinsbegriff der §§ 573, 574, 1124 Abs. II BGB, 57 b ZVG, 21 Abs. 2 KO, sodaß diese Vorschriften auf ihn nicht anwendbar sind.

Es kann daher festgestellt werden:

Leistet der Mieter einen Baukostenbeitrag als Mietvorauszahlung, so müssen Erwerber und Erster, Hypothekengläubiger, Zwangs- und Konkursverwalter diese Zahlung gegen sich gelten lassen. Der Mieter ist in diesem Fall gegen eine nochmalige Entrichtung des vollen Mietzinses geschützt.

---

7) Eine ähnliche Argumentation findet sich in der Entscheidung des RG vom 6.6.1932 = RGZ 136/407 (414) - vgl. auch BGH vom 6.6.1952 = NJW 52/867 (868) sowie KG vom 25.11.1954 zitiert bei Brumel - HuW 55/145

### 3) Methodische und rechtspolitische Wertung

Die Untersuchung hat damit ergeben, **der** neue Eigentümer des Mietobjektes und die Beschlagnahmegläubiger müssen einen geleisteten Baukostenzuschuß in dem Regelfall, daß der Zuschuß rechtlich als Mietvorauszahlung geleistet wurde, gegen sich gelten lassen.

Das gefundene Ergebnis entspricht der in Literatur und Rechtsprechung nahezu einhellig erhobenen Forderung, den Aufbaumieter gegen die Gefahr der Doppelbezahlung des Mietzinses zu schützen und zu diesem Zwecke die Vorschriften, die Vorauszahlungen unter bestimmten Umständen für unwirksam erklären, auf Baukostenzuschüsse nicht anzuwenden. Im Gegensatz zu der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, die rechtlich nicht haltbar auf den Umstand der sachwertsteigernden Verwendung abstellt und im Ergebnis lediglich aus wirtschaftlich-sozialen Gründen vertretbar erscheint, bietet die dargestellte Lösung eine dogmatische Begründung für die Sonderbehandlung eines derartigen Finanzierungsbeitrages im Rahmen der §§ 573, 574, 1124 II BGB, 57 ff. ZVG, 21 KO. - Die Drittwirkung des Zuschusses wurde entwickelt aus dem Schutzgedanken des § 571 BGB in Verbindung mit einer dem Sinn und Zweck des Gesetzes entsprechenden engen Auslegung jener Vorschriften. Dabei rechtfertigte es allein die privatautonome Zwecksetzung der Parteien, den Baukostenzuschuß als Aufbauleistung, nicht aber als Grundstücksertrag anzusehen und daher von der Anwendung der genannten einschränkenden Bestimmungen auszunehmen.

Das Ergebnis steht darüber hinaus im Einklang mit der seitens des Gesetzgebers vorgenommenen Interessenwertung und ist darum auch rechtspolitisch vertretbar. - Der gesetzgeberische Wille ist in diesem Zusammenhang nicht ausschließlich nach subjektiven, sondern im wesentlichen nach objektiv-zweckgerichteten Auslegungskriterien zu ermitteln; denn andererseits würde man den grundlegend veränderten Verhältnissen auf dem Wohnungsmarkt und damit der gewandelten Normsituation in keiner Weise gerecht.<sup>1)</sup>

Insoweit ist auch der Hinweis verfehlt, bei der Beratung der Verfügungsregelung habe man auch den Fall des Aufbau-

---

1) Vgl. Larenz - Methodenlehre S. 267

mieters im Auge gehabt.<sup>2)</sup> - Zur Zeit der Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches war eine Ausnahmesituation auf dem Wohnungsmarkt, wie sie als Folge zweier verlorenen Kriege noch heute anhält, und damit das Phänomen Baukostenzuschuß in keiner Weise vorhersehbar und konnte also auch nicht berücksichtigt werden. Der Gesetzgeber ging vielmehr von der heute nicht mehr zutreffenden Vorstellung aus, Vorauszahlungen der Miete größeren Ausmaßes und damit für längere Zeit kämen praktisch kaum vor.<sup>3)</sup>

Im Rahmen einer rechtspolitischen Würdigung kann es daher nicht auf die ursprüngliche Konzeption des Mietrechts ankommen, die auf ganz andere Verhältnisse ausgerichtet war. Maßgebend sind vielmehr die heute vorherrschenden Grundgedanken der Rechtsordnung, die insbesondere auf dem Gebiete des Mietrechts eine grundlegende Verlagerung der Schwerpunkte mit sich gebracht haben. An die Stelle der weitgehend rein individualrechtlichen Regelung des BGB ist im Laufe der Zeit unter dem Druck der völlig geänderten äußeren Verhältnisse sowie gewandelter Anschauungen der Gesellschaft ein neues soziales Miet- und Wohnrecht getreten, das den sozialen Schutzzweck in den Vordergrund stellt. Der zunächst nur in der Regelung des § 571 BGB enthaltene Schutzgedanke hat dadurch eine immer stärkere Ausweitung erfahren. Eine Rückkehr zum bisherigen Mietvertragsrecht des BGB hat der Gesetzgeber ausdrücklich abgelehnt,<sup>4)</sup> vielmehr schon eine erste Umgestaltung der §§ 535 ff. BGB vorgenommen, die auf einen dem Mieter eingeräumten Bestandsschutz hinausläuft.<sup>5)</sup>

---

2) So OLG Bremen v. 8.7.1954 in DRPfl 55/69 (71) mit Hinweis auf Protokolle Bd. II S. 146

3) Vgl. Protokolle aaO

4) Bei der Beratung des Gesetzes über den Abbau der Wohnungszwangswirtschaft und über ein soziales Mietrecht v. 23.6.1960 (BGBl I 389) - s. Bundestag - 3. Leg.Per. - Drucks. 1850

5) Vgl. 1. u. 2. Gesetz zur Änderung mietrechtlicher Vorschriften vom 29.7.1963 (BGBl I 505 ff) und 14.7.1964 (BGBl I 457 ff); Baur - § 29 E 3

Diese Neuregelung dient dem Schutz des Mieters gegen einen Verlust seines Wohnrechts. So wurden die Kündigungsmöglichkeiten für den Vermieter durch die §§ 556 a, 565 BGB erheblich eingeschränkt, im Falle des Aufbaumieteters durch die Einfügung des § 57 c ZVG für die Dauer der Abwohnbarkeit sogar gänzlich ausgeschlossen. Mit dieser Vorschrift hat der Gesetzgeber die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes übernommen und auf einen speziellen Fall angewandt. Danach muß der Ersterher des Mietobjektes die als Baukostenzuschuß erbrachten Leistungen des Mieters gegen sich gelten lassen; er kann im Umfang dieser Leistungen also keine Zahlung der Miete beanspruchen.<sup>6)</sup> Es sind somit auch gegen Beeinträchtigungen der Rechtstellung des Mieters durch Dritte, denen ein Zugriffsrecht am Mietobjekt zusteht, gesetzgeberische Maßnahmen erfolgt. - Abgesehen von dem erwähnten § 57 c ZVG sei auf § 30 WBewG hingewiesen, der einen sehr weitgehenden Vollstreckungsschutz gewährt. Eine rechtliche Sicherung insbesondere der Baukostenzuschüsse bezweckte das Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht vom 15.3.1951.<sup>7)</sup> Dieses Gesetz versuchte auch eine Klärung des Problems der Vorausverfügung, in dem es zuläßt, Vereinbarungen über die Wirksamkeit von Vorauszahlungen zum Inhalt des Dauerwohnrechts zu machen - § 40 WEG. Wenn sich das neu geschaffene Rechtsinstitut in der Praxis auch nicht durchzusetzen vermochte - in der Hauptsache, weil die Vermieter vor einer langfristigen Bindung zurückschrecken, - so ist es wohl recht naheliegend, aus dieser Vorschrift auf die Absicht des Gesetzgebers zu schließen, den Aufbaumieteter möglichst vor Doppelbezahlung der Miete zu bewahren.

Das gefundene Ergebnis entspricht daher auch der Tendenz des neuen, sozialen Mietrechts.

---

6) Vgl. Bundestag - 1. Leg.Per. - Drucks. 4452  
7) BGBl I 175, vgl. Weitnauer - Wirths S. 141 f

#### 4. Die Kritik des Realkredits

Gegenstimmen, soweit sie eine rechtspolitische und nicht eine rechtliche Kritik an der mieterfreundlichen Auffassung darstellen, haben sich lediglich von seiten des Realkredits erhoben.<sup>1)</sup>

Von dessen Interessenvertretern sind bereits frühzeitig Gegenvorstellungen erhoben worden, die in dem Schlagwort von der Gefährdung des Realkredits zusammengefaßt werden können.

Einmal wird vorgebracht, die Kreditinstitute seien bei einer derartigen Lösung des Problems gezwungen, ihre Beleihungsgrundsätze einschneidend zu ändern. Unter Hinweis auf die strengen Anforderungen, die das Hypothekengesetz an die Kreditvergabe stellt, wird behauptet, es bedeute eine Durchlöcherung des Deckungsprinzips, wenn die Erträge des Grundstückes dem Realgläubiger ganz oder teilweise - je nach den zwischen Eigentümer und Mieter getroffenen Vereinbarungen - entzogen werden könnten. Damit entfalle die vorgeschriebene Erstrangigkeit und die festgesetzte Wertgrenze werde wertlos.<sup>2)</sup> - Vahlbruch glaubte darüber hinaus die kühne Prognose stellen zu können, da der Hypothekenmarkt keine ausreichende Sicherheit mehr zu bieten vermöchte, verliere er jeglichen Anreiz und müsse zwangsläufig zum Erliegen kommen. - Schon ein oberflächlicher Blick auf die Situation des Realkredits zeigt jedoch, daß diese pessimistische Vision der Realität in keiner Weise entspricht.

Oehmig<sup>3)</sup> hält Mietobjekte, die unter anderem mit Hilfe von Baukostenzuschüssen erstellt wurden, generell für unbeleihbar. Die Kreditinstitute hätten feste Beleihungsgrundsätze, die sich nach dem Ertragswert des Grundstückes richteten. Dieser hänge vom Jahresgewinn des Grundstückes ab. Wenn jedoch infolge von Baukostenbeiträgen kein Ertrag

---

1) Vgl. Vahlbruch - BB 53/189 ff.; Müller - ZfgesKrW 52/55 ff.; Oehmig - Sparkasse 53/89 ff.; Seng-ZfgesKrW 54/251 ff.

2) Vahlbruch - aao S. 191

3) aaO

herauszuwirtschaften sei, so sei der Beleihungswert gleich Null und damit entfalle die Finanzierung durch Kreditinstitute.

Diese Einwendungen können nicht überzeugen. Sie bringen eine falsche Darstellung der Situation auf dem Kreditmarkt; insbesondere unterstellen sie ein unrealistisches Größenverhältnis zwischen der Laufzeit und dem Anteil der Baugeldhypothek sowie des Finanzierungsbeitrages des Mieters an den Aufwendungen für das Mietobjekt. Die Beteiligung des Mieters an der Finanzierung einer neuerschaffenen Wohnung lag beispielsweise im Jahre 1962 im Durchschnitt bei höchstens 120,-- DM je qm Wohnfläche. Sie deckte damit etwa bis zu 15 % der gesamten Wohnungskosten.<sup>4)</sup> Im gleichen Jahre aber lag der Anteil der Kapitalmarktmittel am effektiven Aufwand für Wohnungsbauinvestitionen bei 60 %. - Schon dieser Vergleich zeigt, daß die Ertragsminderung im Vergleich zur Laufzeit des Darlehens nur eine vorübergehende Erscheinung ist und auf die Dauer gesehen nicht ins Gewicht fällt.

Bei richtiger Berechnung des Grundstückswertes wird ein mit Mitteln des Mieters aufgebautes Mietobjekt nicht nur stets beleihbar, sondern darüber hinaus wird eine Gefährdung der Sicherheit der Hypothekenförderung regelmäßig zu vermeiden sein.

Nach § 11 Abs. 2 Hypothekenbankgesetz darf die Beleihung die "ersten drei Fünftelle des Wertes des Grundstückes nicht übersteigen". Ähnliche Vorschriften finden sich in den Sparkassengesetzen, -satzungen und dergleichen, kurz überall dort, wo ein Darlehen nur gegen erststellige Sicherheit gewährt werden darf. - Bei der Wertermittlung ist indessen nicht einseitig von dem Ertragswert eines Grundstücks, insbesondere nicht von dem kurzfristig beinträchtigten, auszugehen, wie Oehmig es tut; sonst wären gewisse Grundstücke überhaupt nicht beleihbar.<sup>5)</sup>

---

4) Vgl. Steffan - S. 66

5) Hierauf verweist mit Recht Schuster in MDR 60/181 (184)

Bei der Feststellung des Wertes sind nach § 12 Hypothekenbankgesetz "die dauernden Eigenschaften des Grundstückes und der Ertrag zu berücksichtigen, welchen das Grundstück bei ordnungsgemäßer Wirtschaft jedem Besitzer nachhaltig gewähren kann." Dieser Vorschrift dürfte es eher entsprechen, bei der Wertermittlung nicht nur auf den Ertragswert abzustellen, sondern wie bei der Verkehrswertermittlung üblich auf die halbe Summe von Sach- und Ertragswert. Dabei ist der Ertragswert langfristig, d.h. nach dem Geldwert aller sich auf dem Grundstück während der Restnutzungsdauer ergebenden Einnahmen zu berechnen; - jene wird unter normalen Umständen einhundert Jahre abzüglich Alter des Hauses betragen.

Daß der Berechnung in den ersten Jahren nach dem Aufbau ein geringerer Ertrag zugrunde zu legen ist als in der Zeit, in der keine Mietvorauszahlungen mehr abzuwohnen sind, ist für die Wertermittlung nicht von wesentlicher Bedeutung. Denn die Differenz zwischen Restnutzungsdauer und Abwohnzeit des Baukostenzuschusses dürfte die Abwohnzeit um ein Vielfaches überschreiten, wenn man bedenkt, daß die Laufzeiten derartiger Zuschüsse in den meisten Fällen nicht über zehn Jahre hinausgehen.

In Anbetracht der bewußt niedrig angesetzten Grenze des Beleihungswertes kann darum von einer Gefährdung der erstrangigen Hypothek kaum gesprochen werden. - Das beweist im übrigen auch der ständig steigende Anteil der Kapitalmarktmittel bei der Wohnungsbaufinanzierung, der zum Beispiel im Jahre 1964 mit 15,9 Mrd. bei 66,4 % lag und wegen der rückläufigen öffentlichen Mittel unterdessen noch weiter zugenommen haben dürfte.<sup>6)</sup>

Eine Beeinträchtigung der Sicherheit der Hypothek durch die Hingabe eines Baukostenbeitrages ist im übrigen nur in den Fällen denkbar, wo Vereinbarung des Zuschusses und der Baugeldhypothek sowie der Aufbau des Mietobjektes zeitlich zusammenfallen. In diesem Fall aber besteht für

---

6) Das Zahlenmaterial wurde der Zeitschrift -  
Der langfristige Kredit, 1965/67 - entnommen.

die Realgläubiger die Möglichkeit, sich durch genaue Unterrichtung über etwa bestehende Vorauszahlungen oder durch direkte Einflußnahme auf die Gestaltung der Mietverträge zu sichern. Da Baukostenzuschüsse seit Kriegsende ein üblicher Bestandteil der Wohnraumfinanzierung geworden sind, muß jeder, der ein dingliches Recht an einem Grundstück erwirbt, damit rechnen, daß Vermieter und Mieter entsprechende Abreden getroffen haben.

Zu einer Aushöhlung des Realkredits kann der Baukostenzuschuß des Mieters höchstens dann führen, wenn die Kreditgeber nicht die nach Lage der heutigen Verhältnisse erforderlichen Sicherungsmaßnahmen treffen. Das mag für diese im Einzelfall schwierig sein. Doch neuartige Formen des Wirtschaftsleben bringen nun einmal gewisse Schwierigkeiten und auch Gefahren mit sich, bis sich die beteiligten Wirtschaftskreise darauf eingestellt und entsprechende Sicherungsmaßnahmen getroffen haben. - Dies alles berührt nicht das System der Grundpfandrechte als solches, sondern zwingt lediglich die Kreditinstitute zu gewissen Vorprüfungen, die früher nicht erforderlich waren, als die Baufinanzierung durch Zuschußleistungen des Mieters noch nicht üblich war. - Den Kreditgebern ist es nach wie vor unbenommen, den Grad der Sicherheit über die Höhe des gewährten Darlehens zu bestimmen und geeignete Maßnahmen zu seinem Schutz zu ergreifen.

Dementsprechend ist es in der Praxis des Grundkredits bereits seit längerem üblich, durch kassatorische Klauseln in den Schuldurkunden den Vermieter an heimlichen Vereinbarungen von Mietvorauszahlungen mit dem Mieter zu hindern. -

So enthält Ziffer 17 des Vertragsformulars, wie es die dem Verband öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute angeschlossenen Banken bei der Darlehensvergabe gegen Hypothekenbestellung übereinstimmend benutzen, die Klausel, daß die Vereinbarung von Baukostenzuschüssen nur mit Einwilligung der Bank erfolgen darf.

Widrigenfalls ist dem Kreditgeber das Recht vorbehalten, das Darlehen fristlos zu kündigen - Ziff. 11 m.<sup>7)</sup> - Dieses Kündigungsrecht darf selbstverständlich nicht überbewertet werden; seine Bedeutung liegt fast ausschließlich in der abschreckenden Wirkung auf den Vermieter, der Bank nicht wesentliche Abmachungen mit dem Mieter vorzuenthalten. Der Kreditgeber ist indessen nicht nur gegen unbekannte Vorauszahlungen machtlos, sondern in gleicher Weise auch bei zeitweiliger Nicht- bzw. Unterpreisvermietung.

Die Hypothekenbanken haben sich mit dieser vorbeugenden Maßnahme nicht begnügt. Um die Wirksamkeit in der Rechtsform von Mietvorauszahlungen geleisteter Baukostenbeiträge überhaupt aufzuheben, ist es üblich geworden, daß der Vermieter vor Gewährung eines Hypothekendarlehens mit dem Mieter vereinbaren muß, dieser zahle den vollen Mietzins für den Fall einer Zwangsvollstreckung in das Grundstück.<sup>8)</sup> Daß derartige Zusatzvereinbarungen zum Mietvertrag für den Mieter sehr gefährlich sind und unter Umständen zu einer Doppelbelastung führen können, liegt auf der Hand. Um aber in den Besitz der Wohnung zu gelangen, wird der Mieter regelmäßig zur Abgabe einer derartigen Erklärung bereit sein. - Angesichts des noch bestehenden Mangels an Wohnraum dürften gegen die Gültigkeit derartiger Klauseln erhebliche Bedenken bestehen.<sup>9)</sup>

Auf diesen Fragenkomplex, bei dem die Entscheidung wesentlich von der Situation im Einzelfall abhängen dürfte, kann hier nicht näher eingegangen werden.

---

7) Im einzelnen vgl. Anl. I

8) S. hierzu Anlagen II und III

9) Vgl. Wilhelmi - Vogel - Zeller - § 57 b Anm. 19, die derartige Vereinbarungen nach §§ 134, 138 BGB für unwirksam halten. Bedenken gegen die Wirksamkeit ergeben sich auch aus Art. VI § 5 des Gesetzes zur Änderung des Zweiten Wohnungsbaugesetzes vom 21.7.1961 (BGBl I 1041). - Danach ist eine Vereinbarung, die zum Nachteil des Mieters von Art. VI abweicht, unwirksam.

Es ist jedoch festzuhalten, daß den Kreditinstituten genügend Möglichkeiten offenstehen, um ihre Rechte gegen den zuschußleistenden Mieter zu wahren. Der Einwand, die gefundene Lösung führe zu einer Gefährdung des Grundstückskredits, dürfte damit hinreichend entkräftet sein.

## 5. Drittwirkung des Mieterdarlehens?

Die gesamte bisherige Untersuchung der Frage, ob der Baukostenzuschuß unter die Verfügungsbeschränkungen der §§ 573, 574, 1124 II BGB, 21 II KO fällt, betraf ausschließlich den Regelfall, daß der Zuschuß rechtlich als Mietvorauszahlung anzusehen ist. Dabei ergab sich die Lösung des Problems der Wirksamkeit der Mieterleistung gegenüber den Drittberechtigten aus dem Schutzgedanken des § 571 BGB in Verbindung mit einer engen Auslegung des Mietzinsbegriffes in den genannten Vorschriften.

Diese Methode kann im Fall des Mieterdarlehens nicht zum Ziel führen. Denn dort wird nicht das Entgelt für die Gebrauchsgewährung - also Mietzins - zu Aufbaupurwecken gegeben, sondern lediglich ein Darlehen, das auf einer selbständigen Abrede beruht, die außerhalb des eigentlichen Mietvertrages steht. - Im Falle des Mieterdarlehens wird durch die Leistung des Baukostenbeitrages nicht eine Mietzinsforderung getilgt, sondern ein eigenständiger Darlehensanspruch des Vermieters erfüllt. Die Beziehung zur Mietzinsforderung ergibt sich lediglich durch die jeweilige Aufrechnungsvereinbarung, wonach diese Forderung - § 535 S. 2 BGB - mit dem Rückzahlungsanspruch des Mieters und Darlehensgebers aus § 607 I BGB verrechnet wird. Die Frage kann daher nur lauten: Liegt in dieser Aufrechnung eine den Rechtsnachfolgern und Beschlagnahmegläubigern gegenüber unwirksame Verfügung im Sinne der einschlägigen Bestimmungen?

### c) Aufbaudarlehen und Aufrechnungsvorvertrag

Bevor dazu anhand der einzelnen gesetzlichen Tatbestände näher Stellung genommen werden kann, muß an die bei der Betrachtung der Rechtsnatur herausgestellten Modalitäten erinnert werden, in denen derartige Verrechnungsvereinbarungen vorkommen.<sup>1)</sup>

---

1) Vgl. S. 22 f

Die Parteien können einmal verabreden, daß der Darlehensrückzahlungsanspruch schon mit der Hingabe des Baukostenzuschusses gegen die laufende Mietzinsansprüche aufgerechnet sein soll. Hier handelt es sich um einen echten Aufrechnungsvertrag.<sup>2)</sup>

Mieter und Vermieter können sich aber auch lediglich vertraglich verpflichtet haben, jeweils bei Fälligkeit der einzelnen Mietraten mit der Rückzahlungsforderung aus dem Darlehen aufzurechnen. In diesem Fall ist nur ein schuldrechtlicher Aufrechnungsvorvertrag gegeben;<sup>3)</sup> die Aufrechnungserklärung muß jeweils im Zeitpunkt der Fälligkeit noch abgegeben werden.

Bei dieser zweiten Alternative stellt sich die Frage der Anwendbarkeit der §§ 573, 574, 1124 II BGB, 21 II KO von vornherein überhaupt nicht. - Die Tilgung der Mietschuld erfolgt erst mit der jeweiligen Aufrechnungserklärung. Der entsprechende Mietzinsanspruch geht also immer erst mit Fälligkeit der einzelnen Rate unter. In der bei Darlehenshingabe getroffenen schuldrechtlichen Abrede, demnächst aufzurechnen, liegt noch kein dinglich wirkendes Rechtsgeschäft. Von einer Vorausverfügung des Vermieters über den Mietzins kann in diesem Fall daher gar nicht die Rede sein.

Veräußert der Eigentümer das Grundstück oder wird es versteigert, so ist für eine Aufrechnungserklärung des Mieters kein Raum mehr, da es an dem Erfordernis der Gegenseitigkeit fehlt. Denn Darlehensschuldner ist der bisherige Vermieter geblieben, während der Grundstückserwerber Mietzinsgläubiger geworden ist.<sup>4)</sup> Daher können Verfügungen im Sinne der §§ 573, 574 BGB, 57 b ZVG nicht mehr erfolgen. Der Mieter muß also fortan den vollen Mietzins an den neuen Eigentümer zahlen; wegen der Darlehensrückzahlung kann er sich nur an den früheren Grundstückseigentümer halten.

---

2) Vgl. RGRK - Vor 387 Anm. 20

3) Vgl. Palandt - Danckelmann § 387 Anm. 2

4) Über den Sonderfall, daß auch das Darlehensverhältnis auf den Erwerber mit übergeht, s. S. 143 ff.

Nach dem Zeitpunkt der Beschlagnahme bzw. der Eröffnung des Konkursverfahrens ergibt sich für den Mieter die gleiche mißliche Situation. Eine Aufrechnung mit seinem Rückzahlungsanspruch ist zu Gunsten der Hypotheken- und Konkursgläubiger gesetzlich ausgeschlossen - §§ 1125 BGB, 55 Nr. 1 KO.

Im Falle der Zwangsversteigerung oder der Konkurseröffnung über das Vermögen des Vermieters und Grundstückseigentümers erhält der Mieter die lediglich formell günstige Rechtsposition, daß er die noch nicht aufgerechneten und noch nicht fälligen Tilgungsraten für sein Darlehen nach § 111 ZVG bzw. § 65 KO vorzeitig zurückverlangen kann. Praktisch steht er sich jedoch wesentlich schlechter, da er in der Regel mit diesen vorzeitig fällig gewordenen Rückzahlungsforderungen ausfallen wird und die weitere Verrechnungsmöglichkeit verliert.

#### b) Mieterdarlehen und Aufrechnungsvertrag

Im Gegensatz zu dem nur schuldrechtlich wirkenden Aufrechnungsvorvertrag wird bei der Aufrechnungsvereinbarung über zukünftigen Mietzins verfügt. Die bei Abschluß des Vertrages erklärte Aufrechnung bewirkt den sofortigen Untergang der Mietzinsforderungen des Vermieters in Höhe der Summe des geleisteten Darlehens. Daß die Fälligkeit der Mietzinsforderungen dabei häufig fehlt, hindert die Aufrechnung nicht. Denn bei einer vertraglichen Aufrechnung ist im Gegensatz zur einseitig erklärten eine beiderseitige Fälligkeit nicht erforderlich.<sup>5)</sup>

Es läßt sich demnach feststellen: Ist bei der Hingabe des Mieterdarlehens die sofortige Aufrechnung von Mietzinsforderung und Rückzahlungsanspruch vertraglich bestimmt, dann liegt darin eine Verfügung über den Mietzins im Sinne der §§ 573, 574, 1124 II BGB, 21 II KO. Die Verrechnungsabrede enthält in diesem Fall ein Rechtsgeschäft über den Mietzins, das den dinglich Berechtigten gegenüber unwirksam ist. Erwerber und Ersteher, Hypothekengläubiger und Konkursverwalter können sich nach Ablauf der in den §§ 573, 574,

---

5) Vgl. RGRK Vor § 387 Anm. 20

1124 Abs. II BGB, 21 Abs. 2 KO enthaltenen Schonfrist daher auf die Unwirksamkeit der Aufrechnungsvereinbarung berufen, soweit diese Mietzins betrifft, der auf die Zeit ihrer Berechtigung entfällt. Wird ein Baukostenzuschuß als Mieterdarlehen gegeben, so finden die verfügungsbeschränkenden Bestimmungen somit grundsätzlich Anwendung.

aa) Drittwirkung des Aufbaudarlehens aus dem Schutzgedanken des § 571 BGB?

Die Feststellung, daß Aufrechnungsvereinbarungen unter die genannten Verfügungsbeschränkungen fallen, besagt aber noch nicht, daß der Mieter, dessen Finanzierungsbeitrag in der Rechtsform des Darlehens geleistet wurde, stets der Gefahr ausgesetzt ist, einen Teil des Mietzinses noch einmal entrichten zu müssen.

Gemäß §§ 573, 574 BGB, 57 ZVG ist die zwischen Vermieter und Mieter getroffene Verrechnung von Mietzinsforderung und Darlehensrückzahlungsanspruch dem neuen Eigentümer des Mietobjektes gegenüber nur in dem engen Rahmen dieser Vorschriften wirksam. Ein derartiger Aufrechnungsvertrag betrifft indessen lediglich die Art und Weise der Rückzahlung des Aufbaudarlehens. Nur dieser Rückzahlungsmodus wird von den vorbezeichneten Bestimmungen zugunsten von Erwerber und Ersteher erfaßt.

Auf das Bestehen des Rückzahlungsanspruches selbst haben die §§ 573, 574 BGB keinerlei Einfluß.<sup>6)</sup>

Trotz Anwendbarkeit dieser Vorschriften wird der Mieter im Ergebnis gegen eine nochmalige Zahlung der Miete an den Rechtsnachfolger geschützt, wenn er dessen Mietzinsforderung den eigenen Rückzahlungsanspruch aus dem Darlehen entgegensetzen könnte. Voraussetzung einer derartigen Aufrechnungslage ist, daß die entsprechende Verpflichtung des Vermieters aus § 607 I BGB nunmehr den neuen Eigentümer trifft.

---

6) Diese Tatsache verkennt Cranz - JR 60/124 (128)

Von dem Fall der ausdrücklichen, vertraglichen Schuldübernahme nach §§ 414, 415 BGB abgesehen kann diese Verpflichtung aus dem Darlehensvertrag nur im Rahmen der Regelung des § 571 I BGB auf den Erwerber oder Ersteher des Mietgrundstücks übergegangen sein.

Nach §§ 571 I BGB, 57 ZVG treten Erwerber und Ersteher "in die sich aus dem Mietverhältnis ergebenden Verpflichtungen" ein. Es stellt sich die Frage, ob die Rückzahlungsverbindlichkeit des Vermieters eine derartige Verpflichtung ist.

Dieser Begriff wird regelmäßig eng ausgelegt, offensichtlich in dem Bestreben, den neuen Eigentümer des Grundstückes nicht mehr als unbedingt notwendig an bestehende Vereinbarungen zu binden.<sup>7)</sup>

Gleichwohl betrachtet eine verbreitete Meinung den in der Rechtsform des Darlehens gewährten Baukostenzuschuß als Bestandteil des Mietverhältnisses, in dessen Rechte und Pflichten der neue Eigentümer nach § 571 BGB eintritt.<sup>8)</sup> - Zur Begründung wird darauf verwiesen, bei einem derartigen "Mieterdarlehen" werde in der Regel vereinbart, daß die Rückzahlung durch Verrechnung mit der Mietforderung, d.h. durch Abwohnen erfolgen soll. Dadurch, daß die Rückerstattung des Darlehens dabei praktisch vermittels der Gebrauchsgewährung des Mietobjektes erfolgt, werde die aus § 607 I BGB folgende Rückzahlungsverpflichtung dem Mietverhältnis so weit eingegliedert, daß sie als zum Inhalt des Mietverhältnisses gehörig angesehen werden müsse.<sup>9)</sup>

Diese Auffassung ist abzulehnen; denn sie beruht auf einer Verkennung der tatbestandsmäßigen Voraussetzungen eines Mieterdarlehens. Sie übersieht, daß der Baukostenzuschuß in den Fällen, wo er infolge einer Abwohn- und Verrechnungsabrede in unlösbarem Zusammenhang mit dem Mietverhältnis steht, regelmäßig als Mietvorauszahlung, nicht aber als

---

7) Vgl. Staudinger - Kiefersauer - § 571 Anm. 19

8) Vgl. Erman - Schopp - § 571 Anm. 4 b; Roquette - Mietrecht S. 194 Anm. 53; Palandt - Gramm - § 571 Anm. 4 B; Larenz - Schuldrecht II S. 154; ~~64~~ 112 Pesenacker - S. 78; vgl. auch BGH v. 17.12.1954 = JZ 55/204.

9) Vgl. CLG Frankfurt - NJW 64/453

Darlehen anzusehen ist.<sup>10)</sup> Denn insoweit besteht zwischen Zuschußleistung und mietweiser Überlassung der Wohnung eine Wechselbeziehung, ein unmittelbarer wirtschaftlicher und rechtlicher Zusammenhang. Erfolgt die Hingabe des Finanzierungsbeitrags zum Zweck der Gebrauchsgewährung, so ist er in der Regel Gegenleistung des Mieters aus dem Mietvertrag und damit Mietzinszahlung.

Ein Mieterdarlehen ist nur in dem Ausnahmefall gegeben, wo sich aus dem erklärten Parteiwillen eindeutig ergibt, daß der Mieter einen von dem Bestehen des Mietverhältnisses unabhängigen, selbständigen Rückzahlungsanspruch erhalten soll. In diesem Fall kann jedoch von einem unlösbaren Zusammenhang zwischen Miet- und Darlehensverhältnis nicht mehr gesprochen werden.

Nach § 571 BGB tritt der neue Eigentümer nur in die sich aus dem Mietvertrag ergebenden Verpflichtungen ein; die Rückgewährpflicht aus dem eigenständigen Darlehensvertrag wird dagegen durch den Eigentümerwechsel nicht berührt. Ein Darlehen, das der Mieter dem Vermieter gegeben hat, ist keine typische Mietvertragsleistung. Selbst wenn die Vereinbarungen über das Darlehen zeitlich zusammen mit dem Mietvertrag getroffen sind und mit diesem in engem wirtschaftlichen Zusammenhang stehen, folgt die Verpflichtung zur Rückzahlung aus dem Darlehensvertrag - § 607 I BGB, nicht aber aus dem Mietverhältnis.<sup>11)</sup>

Demnach kann folgende Feststellung getroffen werden:  
Der in der Rechtsform des Darlehens gewährte Baukostenzuschuß ist nicht als Bestandteil des Mietverhältnisses anzusehen, in dessen Rechte und Pflichten der neue Eigentümer nach § 571 BGB eintritt. Die Rückzahlungsverpflichtung des Vermieters geht nicht auf diesen über. Der Mieter kann daher mit seiner entsprechenden Forderung nicht gegen die Mietzinsforderung des Erwerbers oder Erstehers aufrechnen. - Der als Darlehen gewährte Zuschuß entfaltet dem neuen Eigentümer gegenüber keinerlei rechtliche Wirkung.

---

10) Vgl. oben S. 37 f

11) Vgl. RG, Urt. v. 28.11.1938 - JW 39/286

bb) Mieterdarlehen und Beschlagnahmegläubiger

Wird das Mietobjekt zugunsten eines Grundstücksgläubigers beschlagnahmt oder wird über das Vermögen des Vermieters der Konkurs eröffnet, so sind Zwangs- und Konkursverwalter nach Ablauf der in den §§ 1124 Abs. II BGB, 21 Abs. 2 KO bestimmten Schonfrist zur Einziehung des vollen Mietzinses berechtigt. Nur innerhalb dieser Frist kann der Mieter mit seiner Darlehensforderung gegenüber Hypothekar und Konkursmasse aufrechnen.

## E. Z u s a m m e n f a s s u n g

Als Ergebnis der Untersuchung kann festgehalten werden, die Frage der Wirksamkeit des im voraus entrichteten Baukostenzuschusses gegenüber Erwerber und Ersteher, Hypothekar und Konkursgläubiger kann anhand der bestehenden gesetzlichen Regelung befriedigend gelöst werden. - Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Vorleistung des Mieters aufgrund einer Vereinbarung im ursprünglichen Mietvertrag erfolgte oder eine Wert-erhöhung des Mietobjektes zur Folge hatte. Entscheidend ist allein die privatautonome Zweckbestimmung des Baukostenbeitrages, die Finanzierung des Bauvorhabens sicherzustellen. -

Im einzelnen lassen sich folgende Thesen aufstellen:

1. Grundsätzlich unterliegen alle Vorauszahlungen des Mietzinses den Verfügungsbeschränkungen der §§ 573, 574, 1124 Abs. II BGB, 57 b ZVG, 21 Abs. II KO.
2. Hat jedoch ein Mieter einen Baukostenzuschuß in der rechtlichen Gestalt einer Mietvorauszahlung geleistet, so müssen Grundstückserwerber, Hypotheken- und Konkursgläubiger diese Vorauszahlung stets gegen sich gelten lassen. - Der Mieter ist gegen eine nochmalige Zahlung der Miete geschützt. - Die Drittwirkung des Finanzierungsbeitrages ergibt sich unmittelbar aus dem Schutzgedanken des § 571 BGB. Ein derartiger Zuschuß ist nach der Zwecksetzung der Parteien dazu bestimmt, zu den Herstellungskosten des Mietobjektes beizutragen. Er ist daher kein Ertrag des Grundstücks und somit nicht Mietzins im Sinne der §§ 573, 574, 1124 II BGB, 57 b ZVG, 21 II KO.

3. Lediglich in den Ausnahmefällen, in denen der Baukostenzuschuß nach dem erklärten Parteiwillen nicht als Mietzinszahlung anzusehen ist, sondern etwa als Mieterdarlehen oder atypische Sonderleistung, ist eine Drittwirkung ausgeschlossen. - Die zugrundeliegende vertragliche Vereinbarung ist nur gegenüber dem Vermieter als Vertragspartner wirksam. Der neue Eigentümer des Mietobjektes, Grundstücksgläubiger und Konkursverwalter können den Mieter ohne Rücksicht auf den erbrachten Zuschuß in voller Höhe der getroffenen Mietzinsvereinbarung in Anspruch nehmen.

Literaturverzeichnis

- Abenheimer Verrechnung von Baudarlehen und Mietzins JW 30/2912 f
- Affolter Das Fruchtrecht, München 1911
- Bachmann Die rechtliche Behandlung der Baukostenzuschüsse unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsnatur ZMR 61/33 ff  
Banklexikon, 5. Aufl. 1963
- Baur Lehrbuch des Sachenrechts  
2. Aufl. München - Berlin 1963
- Becker Eine Gefährdung des Realkredits JW 30/3198
- Bendix Anm. zu RG v. 14.1.1919 JW 19/675
- Bergmann Mietvorauszahlung bei Wiederaufbauverträgen  
NJW 49/282 f  
Finanzierungshilfe des Neubaumietlers JW 33/884
- Bettermann Kommentar zum Mieterschutzgesetz  
Tübingen 1950  
Der Baukostenzuschuß des Mieters ZMR 52/29 ff
- Blomeyer Die Neuordnung der Zwangsvollstreckung BB 53/657 ff
- Boeck Sind im Mietvertrag enthaltene Voraussetzungen über Miete unbeschränkt wirksam gegenüber Grundstückskäufer, Hypothekar, Zwangsverwalter und Konkursverwalter  
Mietgericht 31/141 ff  
Vertragsmäßige Mietvoraussetzungen und Baukostenzuschuß  
DMR 32/1383 ff
- Böhle - Stam-schräder Konkursordnung, München - Berlin 1964
- Brandis Stellung des Hypothekengläubigers bei Vorauszahlung der Miete JW 33/881 ff

- Bruhn Der Baukostenzuschuß des Mieters in der  
Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes  
ZMR 54/346 ff  
Der Baukostenzuschuß des Mieters in der  
Zwangsverwaltung, Zwangsversteigerung  
und im Konkurs  
DRpfl 52/272 ff
- Bruhn Anm. zu OLG Nürnberg v. 27.10.1954  
DRpfl 55/190 f  
Anm. zu OLG Bremen v. 8.7.1954  
DRpfl 55/72 ff  
Anm. zu BGH v. 6.6.1952 in  
DRpfl 52/414
- Brumel Mietvorauszahlungen und Zwangsverstei-  
gerung  
HuW 55/144 f
- Bull Die Sicherung eines Baukostenzuschusses  
BB 50/886 f  
Anm. zu Urt. des BGH v. 6.6.1952  
ZMR 52/180
- Cosack- Lehrbuch des deutschen bürgerlichen  
Mitteis Rechts, Bd. I Allgemeiner Teil und  
Schuldrecht  
8. Aufl. 1927
- Cranz Baukostenzuschüsse  
JR 60/124 ff  
Anm. zu BGH v. 11.7.1962  
JR 63/62
- Crome System des deutschen bürgerlichen Rechts  
Bd. I Allgemeiner Teil  
1900
- Debelius Der Baukostenzuschuß bei vorzeitig  
beendetem Mietverhältnis  
ZMR 66/291 ff
- Dernburg Das bürgerliche Recht des deutschen  
Reiches und Preußens  
Bd. I Die allgemeinen Lehren  
3. Aufl. - Halle 1906  
Bd. II Die Schuldverhältnisse  
2. Abtlg.  
3. Aufl. - Halle 1906
- Dulckeit Die Verdinglichung obligatorischer Rechte  
Tübingen 1951
- Engisch Einführung in das juristische Denken  
3. Aufl. Stuttgart 1964

- Enneccerus -  
Lehmann Lehrbuch des bürgerlichen Rechts  
Bd. 2 Recht der Schuldverhältnisse  
15. Bearbeitung, Tübingen 1958
- Enneccerus -  
Nipperdey Lehrbuch des bürgerlichen Rechts  
1. Bd. Allgemeiner Teil  
1. und 2. Halbband  
15. Aufl. Tübingen 1960
- Erman Handkommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch  
1. Bd. 3. Aufl. Münster 1962  
2. Bd. 3. Aufl. Münster 1962  
Zitiert: Erman -(Bearbeiter)
- Esser Schuldrecht  
2. Aufl. Karlsruhe 1960
- Fikentscher Das Schuldrecht  
Berlin 1965
- Flume Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts,  
Bd. 2 Das Rechtsgeschäft,  
Berlin - Heidelberg - New York 1965
- Flume Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in:  
Hundert Jahre deutsches Rechtsleben,  
Festschrift zum hundertjährigen Bestehen  
des Deutschen Juristentages, Bd. 1, 1960,  
S. 135 ff.
- Frotz Zur Rückzahlung verlorener Baukosten-  
zuschüsse nach Bereicherungsrecht  
AcP 164/309 ff
- Gabler Wirtschaftslexikon  
6. Aufl. Wiesbaden
- v. Gierke Deutsches Privatrecht  
Bd. 2, Schuldrecht, Leipzig 1905  
Bd. 3, Sachenrecht, München - Leipzig 1917
- Haegeler Baukostenzuschüsse in Geldumstellung,  
Konkurs und Grundstückszwangsvoll-  
streckung  
Büro 53/222 ff
- Heck Begriffsbildung und Interessenjurispru-  
denz Tübingen 1932  
Grundriß des Schuldrechts  
Tübingen 1929
- Himmelmann Die Verrechnung von Wiederaufbau- und  
Instandsetzungsverträgen des Mieters  
MDR 52/196 ff
- Jaeger - Lenz Konkursordnung  
8. Aufl. Berlin 1958

- Janßen                    Mietvorausverfügungen und Hypotheken-  
                             gläubiger  
                             Diss. Berlin 1936
- Kiefersauer -            Grundstücksmitte  
Glaser                    10. Aufl. Berlin 1965
- Klapproth                Das Problem der Vorausverfügungen  
                             über den Mietzins  
                             Diss. Göttingen 1939
- Kohler                    Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts  
                             Bd. II Schuldrecht 1906
- Korn                      Die Behandlung von Baukostenzuschüssen  
                             der Mieter im Zwangsversteigerungsver-  
                             fahren  
                             MDR 53/587 ff
- Kuhlenbeck              Das bürgerliche Gesetzbuch  
                             2. Aufl. 1903
- Larenz                    Lehrbuch des Schuldrechts  
                             7. Aufl. München - Berlin  
                             Bd. 1, Allgemeiner Teil 1964  
                             Bd. 2, Besonderer Teil 1965  
                             Methodenlehre der Rechtswissenschaft  
                             Berlin - Göttingen - Heidelberg 1960
- Legart                    Anm. zu LG Berlin v. 10.6.1933 in  
                             JW 33/1736 f
- Lehmann                  Allgemeiner Teil des bürgerlichen  
                             Gesetzbuches  
                             14. Aufl. Berlin 1963
- Leo                        Anm. zu RG v. 14.1.1919  
                             JW 19/674 f
- Lewald                    Muß der Mieter, der einen vereinbarungs-  
                             gemäß "abzuwohnenden" Baukostenzuschuß  
                             entgegengenommen hat, bei vorzeitiger Be-  
                             endigung des Mietverhältnisses den noch  
                             nicht abgewohnten Teil zurückerstatten?  
                             MDR 55/323 ff  
                             Rückerstattung des Baukostenzuschusses  
                             bei vorzeitiger Beendigung des Mietver-  
                             hältnisses  
                             MDR 56/328 ff
- Lippert                    Mieterbaukostenbeitrag und Mieterschutz  
                             Diss. Mainz 1954
- Löning                    Grundstücksmitte als dingliches Recht  
                             Jena 1930

- Matthias                    Der Rechtsschutz des Baukostenzuschusses  
MDR 54/649 ff
- Mentzel - Kuhn            Kommentar zur Konkursordnung  
7. Aufl.  
Berlin - Frankfurt 1962
- Merkert                    Der Baukostenzuschuß des Mieters  
in der Zwangsverwaltung  
NJW 51/697 f
- Mittelstein               Die Miete nach dem Recht des  
deutschen Reiches  
4. Aufl. Berlin 1932  
Rückforderung des Baukostenzuschusses  
bei fristloser Kündigung, Mietaufhe-  
bung und Minderung  
MDR 55/584 ff
- Mölders                    Die Erstattung des vom Mieter geleisteten  
Baukostenzuschusses bei vorzeitiger Be-  
endigung des Mietverhältnisses  
NJW 55/777 ff
- Mohrbutter                Zum Ruhen des außerordentlichen Kündi-  
gungsrechts des Erstehers  
ZMR 54/161 f  
Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen  
Gesetzbuches für das deutsche Reich  
Bde. 2 und 3, Leipzig 1888
- Müller                    Die Behandlung verlorener Baukosten-  
zuschüsse  
NJW 58/574 ff  
Mieter contra Sparer  
ZfgesKrW 52/555 ff
- Nagel                      Der Baukostenzuschuß des Mieters in der  
Zwangsverwaltung, Zwangsversteigerung  
und im Konkurs  
DRpfl 52/224 ff
- Oertmann                  Recht der Schuldverhältnisse  
2. Abteilung, 5. Aufl. Berlin 1929
- Oppenheim                Rechtsfolgen von Mietvorauszahlungen  
und anderen Verfügungen über künftigen  
Mietzins  
JW 33/888 ff
- Palandt                    Bürgerliches Gesetzbuch  
25. Aufl. München - Berlin 1966  
zitiert: Palandt -(Bearbeiter)

- Pergande                    Gesetz über den Abbau der Wohnungs-  
                             zwangswirtschaft und über ein  
                             soziales Mietrecht  
                             München - Berlin 1961  
  
                             Der Bundesgerichtshof zur Behandlung der  
                             Baukostenzuschüsse des Mieters im Konkurs  
                             des Vermieters  
                             BB 52/651 f  
  
                             Die "Baukostenzuschüsse", ihre preis-  
                             rechtliche Zulässigkeit und die Siche-  
                             rung der Mieter  
                             NJW 51/737  
  
                             Anm. zu OLG München v. 18.12.1951  
                             BB 52/72 f
- Pesenacker                Der abwohnbare Baukostenbeitrag und  
                             seine Behandlung bei der Grundstücks-  
                             veräußerung  
                             Diss. Münster 1954
- Peters                    Die Wirksamkeit der vertragsgemäßen Miet-  
                             zinsvorauszahlung gegenüber dem Erwerber  
                             des Grundstücks  
                             Diss. Rostock 1934
- Pfeiffer                  Die Behandlung nicht bestimmungsgemäß  
                             verwendeter Mietvorauszahlungen  
                             BB 58/1048
- Planck                    Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch  
                             Bd. 1, Allg. Teil, 4. Aufl. Berlin 1913  
                             Bd. 2, 2. Hälfte, Recht der Schuldver-  
                             hältnisse, Bes. Teil, 4. Aufl. Berlin  
                             und Leipzig 1928  
                             Bd. 3, Sachenrecht, 4. Aufl. 1920 Berlin -  
                             Leipzig
- Reichel                    Der Begriff der Frucht im römischen Recht  
                             und im deutschen BGB  
                             Ihrer. Jahrb. 42/205 ff
- Reinhardt - König        Richter und Rechtsfindung  
                             München und Berlin 1957  
  
                             RGRK  
                             zitiert: RGRK -(Bearbeiter)  
                             Das bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer  
                             Berücksichtigung der Rechtsprechung des  
                             Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes  
                             Kommentar, herausgegeben von Reichsge-  
                             richtsräten und Bundesrichtern  
                             1. Bd. 1. Teil, 1959  
                             2. Bd. 1. Teil, 1959  
                             3. Bd. 2. Teil, 1963  
                             11. Aufl. Berlin

- Roquette            Mietrecht  
                  Tübingen 1961  
                  Rückerstattung verlorener Baukosten-  
                  zuschüsse  
                  NJW 62/129 ff  
                  Anm. zu KG v. 30.7.1936 in  
                  JW 36/3133 ff
- Ruth                Anm. zu OLG Königsberg v. 24.2.1931  
                  JW 32/3013 f
- Schopp             Die Vorausverfügung über den Mietzins  
                  ZMR 54/353 ff  
                  Der verlorene Baukostenzuschuß  
                  ZMR 54/37 ff  
                  Grundlagen und Folgen der vorzeitigen  
                  Auflösung von Aufbaumietverträgen  
                  ZMR 52/73 ff
- Schuster            Zum Thema "Mietvorauszahlungen"  
                  MDR 60/181 ff
- Seng                Die Rechtsprechung über die Baukosten-  
                  zuschüsse  
                  ZfgesKrW 54/251
- Siebert             Die Methode der Gesetzesauslegung  
                  Heidelberg 1958
- Soergel - Siebert  Bürgerliches Gesetzbuch  
                  Bde. I, II, III 9. Aufl.  
                  Stuttgart 1959
- Staudinger          Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch  
                  11. Aufl.  
                  1. Bd., Allg. Teil Berlin 1957  
                  2. Bd., Recht der Schuldverh. 2. Teil, 1955  
                  3. Bd., Sachenrecht, 2. Teil, Berlin 1963  
                  zitiert: Staudinger -(Bearbeiter)
- Steffan            Handbuch des Realkredits  
                  Frankfurt 1963
- Steiner - Riedel    Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung  
                  Kommentar zum Zwangsversteigerungsgesetz  
                  7. Aufl. Berlin 1956
- Steinmann          Die Wirksamkeit der Vorausverfügungen  
                  über den Mietzins  
                  Diss. Heidelberg 1932
- Stillschweig        Anm. zu OLG Hamm v. 16.3.1929  
                  JW 30/769

|                           |                                                                                                                             |
|---------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Trendelenburg             | Das Gesetz zur Einschränkung der Vergütung über Miet- und Pachtzinsforderungen 1915                                         |
| Vahlbruch                 | Mieterbaukostenzuschüsse und Realkredit<br>BB 53/189 ff                                                                     |
| Vogel                     | Das neue Vollstreckungsrecht<br>MDR 53/523 ff                                                                               |
| Wachtel                   | Die Vorausverfügungen über noch nicht fällige Mietzinsforderungen beim Eigentumswechsel am Mietgrundstück<br>Göttingen 1911 |
| Weitnauer - Wirths        | Wohnungseigentumsgesetz<br>2. Aufl. Berlin - Frankfurt 1955                                                                 |
| Weitnauer                 | Finanzierungsbeiträge des Mieters und Kündigungsrecht des Erstehers<br>DB 54/796 ff                                         |
| Westermann                | Sachenrecht<br>4. Aufl. Karlsruhe 1960                                                                                      |
| Wieacker                  | Sachbegriff, Sacheinheit und Sachzuordnung<br>AcP 148/57 ff                                                                 |
| Wilhelmi - Vogel - Zeller | Zwangsversteigerungsgesetz<br>6. Aufl. München - Berlin 1965                                                                |
| Windscheid - Kipp         | Pandekten, 9. Aufl. 1906                                                                                                    |
| Wöbelauer                 | Das Kündigungsrecht des Erstehers in der Zwangsversteigerung<br>NJW 59/1424 ff                                              |
| Wolff - Raiser            | Sachenrecht<br>10. Aufl. Tübingen 1957                                                                                      |
| Wunnen                    | Baukostenzuschuß und Bereicherungsrecht<br>NJW 66/2285 ff                                                                   |

# Schuldurkunde und Hypothekbestellung

Urkundenrolle Nr. .... für das Jahr 196 .....

Verhandelt in

am

D. .... Erschienene ..... erklärte .....

Ich/Wir (im nachfolgenden als Schuldner bezeichnet) schulde/n der

## **WESTFÄLISCHEN HYPOTHEKENBANK AKTIENGESELLSCHAFT IN HAGEN/WESTF.**

(im nachfolgenden Bank genannt)

ein Darlehen von

**DM**

(in Worten:

Deutsche Mark).

### **Verzinsung, Tilgung, Nebenleistungen**

1. Das Darlehen ist vom heutigen Tage an mit v. H. jährlich zu verzinsen und vom  
an mit v. H. jährlich zuzüglich der durch die fortschreitende  
Minderung des Kapitals ersparten Zinsen zu tilgen; von diesem Zeitpunkt ab ist somit zur Verzinsung und Tilgung  
eine stets gleichbleibende Jahresleistung von v. H. des ursprünglichen Darlehnsbetrages zu  
entrichten. Die in der Jahresleistung enthaltenen Zinsen werden jeweils nach dem Stande des Kapitals am Schluß  
des vergangenen Kalenderjahres berechnet.
2. In der Zeit vom bis zum Beginn der Tilgung des Kapitals sind zum Ausgleich  
für den bewilligten höheren Auszahlungssatz jährlich v. H. des ursprünglichen Darlehns-  
betrages als Nebenleistung zu zahlen.
3. Die vorstehenden Leistungen sind in vierteljährlichen Teilbeträgen zu entrichten, und zwar jeweils am 15. März,  
15. Juni, 15. September und 15. Dezember eines jeden Jahres für das laufende Kalendervierteljahr.  
Die Nebenleistungen zu 2 werden jedoch spätestens mit dem Darlehen selbst fällig.

4. Werden geschuldete Beträge nicht rechtzeitig gezahlt, so ist ein Säumniszuschlag von jährlich 1 v. H. des ursprünglichen Darlehensbetrages zu entrichten, und zwar bei wiederkehrenden Leistungen für die Zeit vom Beginn bis zum Schluß der Zinsperiode, in der sie fällig geworden sind, bei gekündigten Kapitalbeträgen für die Zeit von der Fälligkeit bis zur Zahlung, jedoch bei gleichzeitigem Vorliegen beider Rückstandsarten für denselben Zeitraum nur einmal.
5. Wird das Darlehen vor dem fällig, so ist im Falle der Rückzahlung für die Zeit von der Fälligkeit bis zu diesem Zeitpunkt eine Entschädigung von jährlich  $\frac{1}{2}$  v. H. – insgesamt jedoch von höchstens  $2\frac{1}{2}$  v. H. – des ursprünglichen Darlehensbetrages an die Bank zu zahlen.

#### Erfüllungsort

6. Erfüllungsort ist der Sitz der Bank zur Zeit der Leistung. Sämtliche Zahlungen sind in den Geschäftsräumen der Bank an diesem Ort zu bewirken. Jede Erfüllung anderer Art, besonders im Wege der Überweisung, geschieht auf Kosten und Gefahr des Darlehensnehmers.

#### Kündigungsrecht des Schuldners

7. Der Schuldner ist berechtigt, das Darlehen ganz oder zum Teil unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von 6 Monaten, erstmals zu dem in Nr. 5 bezeichneten Zeitpunkt und später zum Schluß jedes Kalenderhalbjahres zur Rückzahlung zu kündigen.
8. Das weitergehende Kündigungsrecht des Schuldners aus § 247 BGB ist vereinbarungsgemäß für die Zeit ausgeschlossen, während der das Darlehen zur Deckung für von der Bank ausgegebene Schuldverschreibungen gehört (§ 247 Abs. 2 Satz 2 BGB).
9. Im Falle der Kündigung von Teilbeträgen, die sich auf mindestens  $\frac{1}{10}$  des Restkapitals belaufen, sind die Jahresleistungen mit Beginn des folgenden Tilgungsjahres unter Beibehaltung der ursprünglichen Tilgungszeit entsprechend herabzusetzen, wenn der Schuldner dies verlangt; andernfalls und bei Kündigung von geringeren Teilbeträgen muß die Zahlung dazu bestimmt und geeignet sein, die Tilgungszeit unter Beibehaltung der bisherigen Höhe der Jahresleistungen um ein oder mehrere Jahre abzukürzen.
10. Die Kündigung bedarf der Schriftform.

#### Außerordentliches Kündigungsrecht der Bank

11. Die Bank kann das Darlehen grundsätzlich nicht kündigen. Sie ist jedoch berechtigt, es ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist ganz oder zum Teil zurückzufordern:
  - a) wenn der Schuldner mit einer ihm nach dieser Urkunde obliegenden Zahlung länger als 14 Tage im Rückstand bleibt oder wenn er wiederholt in Rückstand gerät,
  - b) wenn ein Schuldner, Bürge oder Ausbietungsgarant die Zahlungen einstellt oder über das Vermögen eines der Genannten das Vergleichs- oder Konkursverfahren beantragt wird,
  - c) wenn die Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung des verpfändeten Grundbesitzes oder eines Teiles desselben angeordnet wird,
  - d) wenn der Wert des Pfandgrundstücks sich vermindert, jedoch bei einer Wertminderung, die nicht auf einem unwirtschaftlichen Verfahren des Besitzers beruht, nur in der Höhe des Darlehensbetrags, für den in dem Wert des Grundstücks nicht mehr die nach dem Hypothekengesetz erforderliche Deckung vorhanden ist,
  - e) wenn sich bei einem Wechsel im Eigentum an dem belasteten Grundstück der neue Grundstückseigentümer nach Hinweis auf das Kündigungsrecht weigert, die persönliche Schuld für die Hypothek zu übernehmen oder sich wegen dieser Schuld der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen zu unterwerfen,
  - f) wenn ohne Zustimmung der Bank Miteigentum oder Wohnungs- bzw. Teileigentum, ein Dauerwohnrecht oder Nießbrauch an dem verpfändeten Grundbesitz begründet oder der Inhalt von Wohnungs- bzw. Teileigentum oder Dauerwohnrecht verändert oder ein Teil des verpfändeten Grundbesitzes abgeschrieben oder veräußert wird, es sei denn, daß die zuständige Behörde die Unschädlichkeit einer pfandfreien Abschreibung dieses Teiles bescheinigt,
  - g) wenn die Hypothek nicht binnen einer von der Bank gesetzten Frist mit dem Rang

rechtswirksam bestellt ist, wenn ihre Rechtsgültigkeit oder ihr Rang bestritten wird oder wenn sie ihre Rechtswirksamkeit verliert,

- h) wenn Zubehör ohne Zustimmung der Bank veräußert oder belastet oder den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaftsführung zuwider vom Grundstück entfernt wird,
- i) wenn bei der Ausführung oder Finanzierung des Bauvorhabens von den der Bank zur Erlangung des Darlehens vorgelegten Unterlagen (Bauzeichnungen, Baubeschreibung und Finanzierungsplan) ohne Zustimmung der Bank abgewichen worden ist oder wenn sich ein Überbau herausstellt,
- k) wenn das Bauvorhaben nicht innerhalb einer von der Bank unter Hinweis auf das Kündigungsrecht gesetzten Frist nach baubehördlich unwiderrüflich genehmigten Bauplänen ausgeführt und baubehördlich abgenommen worden ist,
- l) wenn ein Schuldner, Eigentümer oder Bürge es trotz Aufforderung der Bank unterläßt, ihr und dem Grundbuchamt unwiderrüflich einen im Inland wohnenden Zustellungsbevollmächtigten zu benennen,
- m) wenn eine Handlung, deren Vornahme oder Unterlassung in Nr. 13 ff. des nachfolgenden Abschnittes „Besondere schuldrechtliche Vereinbarungen“ zugesichert worden ist, gleichwohl unterlassen oder vorgenommen wird.

### Besondere schuldrechtliche Vereinbarungen

12. Mehrere Schuldner haften als Gesamtschuldner. Erklärungen der Bank gegenüber einem Gesamtschuldner wirken auch gegen die übrigen Schuldner, wenn in der Erklärung nichts anderes bestimmt ist.  
Die Bank braucht bei Ausübung ihres Kündigungsrechts und bei sonstiger Geltendmachung ihrer Forderungen den Hypothekenbrief nicht vorzulegen.
13. Der Schuldner ist verpflichtet, die Gebäude und soweit möglich die sonstigen Bestandteile des verpfändeten Grundstücks sowie die beweglichen Gegenstände, auf die sich die Hypothek erstreckt, ordnungsgemäß und ausreichend gegen Brandschaden und auf Verlangen der Bank auch gegen andere Schäden versichert zu halten – insbesondere die Versicherungspremien punktuell zu entrichten – und der Bank die Versicherungsansprüche für Zubehör unter Beibehaltung eines Hypothekensicherungsscheins zu verpfänden. Die Versicherung gegen Brandschaden muß zum vollen und soweit möglich zum gleitenden Neuwert abgeschlossen werden.
14. Der Schuldner ist verpflichtet, Grundstück, Gebäude und Zubehör nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Wirtschaftsführung stets in gutem Zustand zu erhalten sowie Ausbesserungen und Erneuerungen, die von dem Sachverständigen der Bank für notwendig erachtet werden, binnen einer von der Bank gesetzten Frist durchzuführen; wesentliche bauliche Änderungen, insbesondere der gänzliche oder teilweise Abbruch von Gebäuden, und die Aufgabe oder Änderung der Benutzungsart bedürfen der Zustimmung der Bank.
15. Bei Veräußerung des belasteten Grundbesitzes ist der Bank unverzüglich eine beglaubigte Abschrift der Urkunde über das zugrundeliegende Rechtsgeschäft einzureichen.
16. Beim Tode des Eigentümers oder bei sonstigem Eigentumsübergang außerhalb des Grundbuchs ist unverzüglich für die Berichtigung des Grundbuchs zu sorgen.
17. Die Überlassung des Gebrauchs des Grundstücks oder von Teilen desselben darf nur mit Einwilligung der Bank von einem Baukostenbeitrag abhängig gemacht oder gegen ein Entgelt vereinbart werden, das nicht in monatlich oder vierteljährlich wiederkehrenden, gleichbleibenden Geldleistungen besteht.
18. Die Bank ist berechtigt, Grundstück, Gebäude und Zubehör jederzeit besichtigen, untersuchen und schätzen zu lassen.
19. Der Schuldner hat der Bank auf Verlangen Auskunft über die Grundstücksverhältnisse – insbesondere über Erträge, Einnahmen und Aufwendungen – und über seine finanziellen Verhältnisse zu erteilen und die von ihr hierfür geforderten Nachweise zu beschaffen. Auf Verlangen der Bank sind die Steuer- und sonstigen Behörden zu ermächtigen, über die für das Pfandgrundstück geltenden Einheitswerte und über die öffentlichen Lasten sowie deren Rückstände Auskunft zu erteilen.
20. Die Bank ist berechtigt, Zahlungen nach eigenem Ermessen auf geschuldete fällige Leistungen zu verrechnen und, wenn mehrere Schuldverhältnisse mit ihr bestehen, zu bestimmen, auf welches Schuldverhältnis sie zu verrechnen sind.
21. Alle Kosten, Auslagen und Abgaben, die mit dem Darlehen und der Hypothek zusammenhängen, trägt der Schuldner.
22. Der Schuldner hat dafür zu sorgen und einzustehen, daß die Verpflichtungen nach Nr. 13 bis 21 und 22 a auch dann erfüllt werden, wenn er nicht Eigentümer ist.
- 22a. Schuldner und Eigentümer haben dem Darlehensgeber etwaige durch Bergschäden eintretende Wertminderungen sofort mitzuteilen. Sie dürfen ohne dessen Zustimmung eine gütliche Einigung über Bergschadenersatzansprüche nicht treffen. Die ihnen aus Bergschäden zustehenden Entschädigungsansprüche werden hiermit dem Darlehensgeber für Forderung, Zinsen und sonstige Leistungen zur unmittelbaren Einziehung unwiderruflich abgetreten.

### Zusatzklärung

Schuldner und Eigentümer erklären hiermit, daß auch bisher hinsichtlich des Grundstücks Vereinbarungen mit einem Bergwerksunternehmen über Bergschadenregelungen insbesondere über einen Verzicht oder über eine Abfindung, nicht getroffen worden sind.

### Bestellung der Hypothek

23. Der Eigentümer ist mit der Bank darüber einig, daß für die vorbezeichnete Darlehensforderung samt Nebenleistungen unter den in Nr. 1 bis 11 genannten Bedingungen der Bank eine Hypothek an dem in Nr. 29 bezeichneten Grundbesitz mit der Maßgabe bestellt wird, daß er mit Wirkung für sich und seine Rechtsnachfolger auf die Vorlage des Hypothekenbriefes in den Fällen des § 1160 Abs. 2 BGB verzichtet.

### Zwangsvollstreckung

24. Der Eigentümer unterwirft sich wegen der Ansprüche aus der Hypothek der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde mit der Maßgabe, daß die Zwangsvollstreckung gegen den jeweiligen Eigentümer zulässig sein soll. Der Schuldner unterwirft sich wegen der durch die Hypothek gesicherten Ansprüche der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde in sein gesamtes Vermögen.  
Die Bank soll berechtigt sein, sich jederzeit ohne Nachweis der Vollstreckbarkeit begründenden Tatsachen vollstreckbare Ausfertigung dieser Urkunde erteilen zu lassen.

### Eintragung der Hypothek

25. Hiermit wird bewilligt und beantragt, die Hypothek sowie die Unterwerfung des jeweiligen Grundstückseigentümers unter die sofortige Zwangsvollstreckung gemäß den Nr. 23 und 24 Satz 1 in das Grundbuch einzutragen.  
Für die Eintragung im Grundbuch wird folgende Fassung vorgeschlagen:

Deutsche Mark Hypothek

„ für ein Tilgungsdarlehen der Westfälischen Hypothekenbank Aktiengesellschaft in Hagen mit v. H.  
jährlich verzinslich. Daneben ist für die Zeit vom bis  
eine Nebenleistung von jährlich v. H. des ursprünglichen Darlehensbetrages zu entrichten. Unter  
Umständen sind ferner ein Säumniszuschlag von jährlich 1 v. H. und eine Entschädigung von höchstens  
2 1/2 v. H. des ursprünglichen Darlehensbetrages zu zahlen. Der jeweilige Eigentümer unterliegt der sofortigen  
Zwangsvollstreckung.  
Unter Bezugnahme auf die Bewilligung vom eingetragen am

Löschungsvormerkung

Die Forderung ist als Hypothek bestellt und verpflichtet sich der Eigentümer hiermit gegenüber der Westfälischen Hypothekbank Aktiengesellschaft in Hagen, die vorstehend bestellte Hypothek und etwaige ihr im Range vorgehende oder gleichstehende Grundpfandrechte löschen zu lassen, soweit sie ihm zustehen oder sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigen. Zur Sicherung dieser Ansprüche wird hiermit die Eintragung von ~~bestehen~~ bestehen gemäß § 1163 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB zu Gunsten der Westfälischen Hypothekbank Aktiengesellschaft in Hagen bewilligt und beantragt, und zwar bei der vorstehend bestellten und jeder sonstigen unter Satz 1 fallenden Hypothek auch für den Fall des § 1163 Abs. 1 Satz 1 BGB.

## Hypothekenbrief und Grundbuchauszug

2. Es wird ferner beantragt, der Bank nach Erledigung der vorstehenden Eintragungsanträge

- den Hypothekenbrief auszuhändigen, wie es mit ihr vereinbart worden ist, eine einfache Grundbuchblattabschrift zu erteilen.

## Ausfertigungen

28 Es wird geteilt, von der Verhandlung des Schuldners eine einfache Abschrift und der Bank eine vollstreckende Abschrift, die wegen der Nr. 24 bezieht Ansprüche (Kapital und Nebenleistungen) zu erteilen, damit der Gläubiger eine Abschrift, neben einer beglaubigten Abschrift zum Zwecke der Eintragung in das Grundbuch und der Führung des Hypothekenbriefes einzureichen.

## Bezeichnung der Pfandgrundstücke

2

eingetragen im Grundbuch des Amtsgerichts

von

| Band | Blatt | Best.-Verz.<br>lfd. Nr. | Gemarkung | Flur | Flurst.-<br>Nr. | Wirtsch.-Art und Lage | Größe<br>qm |
|------|-------|-------------------------|-----------|------|-----------------|-----------------------|-------------|
|      |       |                         |           |      |                 |                       |             |

# Zusatzvereinbarung

zum Mietvertrag vom

betreffend Grundstück

zwischen ..... (Vermieter)

und ..... (Mieter).

Für den Fall einer Zwangsvollstreckung in das Grundstück (Erbbaurecht) wird folgendes vereinbart:

Unbeschadet eines etwaigen, auf die Miete anzurechnenden oder ihre Höhe beeinflussenden Finanzierungsbetrages des Mieters oder eines Dritten sind dann in jedem Fall monatlich DM.....\*) als Mietzins zu entrichten, und zwar bei einer Zwangsverwaltung für die Dauer der Beschlagnahme und bei einer Zwangsversteigerung von der Erteilung des Zuschlags an.

Eine Aufhebung oder Änderung dieser Vereinbarung bedarf der Zustimmung der

**Westfälischen Hypothekenbank**  
Aktiengesellschaft  
58 Hagen

und, soweit die von ihr gewährten Darlehen durch die öffentliche Hand verbürgt sind, auch der Zustimmung des Bürgen.

, den

(Vermieter)

(Mieter)

(Ehefrau)

(Ehefrau)

\*) Miete ist in voller Höhe ohne Abzug einzusetzen.

Vordruck A: a) Mietvorauszahlungen und Mieterdarlehen für Geschäftsräume und freifinanzierte Wohnungen (außer steuerbegünstigten)  
b) verlorene Baukostenzuschüsse.



## Zusatzvereinbarung

zum Mietvertrag vom .....

betreffend Grundstück .....

zwischen ..... (Vermieter)

und ..... (Mieter).

Für den Fall einer Zwangsvollstreckung in das Grundstück (Erbbaurecht) werden etwaige Vereinbarungen, nach denen der Mietzins von monatlich DM ..... ganz oder teilweise im voraus zu entrichten oder sofort mit einem Finanzierungsbeitrag des Mieters zu verrechnen war, hiermit wie folgt abgeändert:

1. Der Mietzins wird in einem solchen Falle in vollem Umfange jeweils erst am Ersten eines jeden Monats fällig, und zwar bei einer Zwangsverwaltung für die Dauer der Beschlagnahme und bei einer Zwangsversteigerung von der Erteilung des Zuschlags an.
2. Soweit ein nach Ziff. 1 noch nicht fälliger Mietzinsanteil nach den bisherigen Vereinbarungen bereits durch einen Finanzierungsbeitrag des Mieters abgegolten war, wird dieser Teil des Finanzierungsbeitrages vom Vermieter dem Mieter als Darlehen geschuldet. Das Darlehen ist unverzinslich; es ist bei einer Zwangsversteigerung im Zeitpunkt der Erteilung des Zuschlages, bei einer Zwangsverwaltung im Zeitpunkt ihrer Aufhebung fällig.

Eine Aufhebung oder Änderung dieser Vereinbarung bedarf der Zustimmung der

**Westfälischen Hypothekenbank**  
Aktiengesellschaft  
58 Hagen

und, soweit die von ihr gewährten Darlehen durch die öffentliche Hand verbürgt sind, auch der Zustimmung des Bürgen.

....., den. ....

(Vermieter)

(Mieter)

(Ehefrau)

(Ehefrau)









